



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Unidad de Posgrado

La desnaturalización del control de constitucionalidad difuso en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención
en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

AUTOR

Jhony Rubén ALCALDE HUAMÁN

ASESOR

Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE

Lima, Perú

2018



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Alcalde, J. (2018). *La desnaturalización del control de constitucionalidad difuso en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los seis días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Ricardo Arturo Beaumont Callirgos y con la asistencia de los Profesores: Dr. José Félix Palomino Manchego, Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, Dr. Francisco Rogger Carruitero Lecca, Dra. María Candelaria Quispe Ponce y el postulante al Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Bachiller **Jhony Rubén ALCALDE HUAMÁN**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO"**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

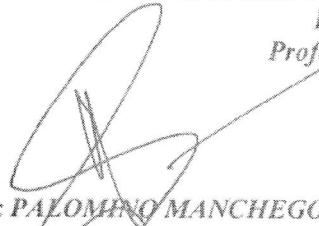
Muy buena, Dieciséis (17)

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos al Bachiller en Derecho **Jhony Rubén ALCALDE HUAMÁN**.

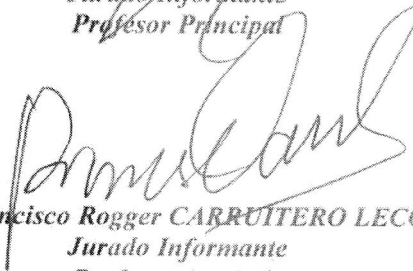
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las dieciocho horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

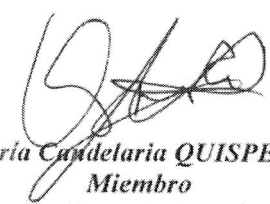

Dr. Ricardo Arturo BEAUMONT CALLIRGOS

Presidente
Profesor Principal


Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Asesor
Profesor Principal


Dr. Francisco Rogger CARRUITERO LECCA
Jurado Informante
Profesor Asociado


Dra. María Candelaria QUISPE PONCE
Miembro
Profesor Contratado

***A Jhony, Gia y Jhovana;
tratando de compensar nuestro tiempo...***

INDICE GENERAL

LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	5
Situación Problemática	5
Formulación del problema	7
Objetivos	9
Metodología aplicada	10
 CAPÍTULO 1: ESTADO DE LA CUESTIÓN	 12
1.1. Antecedentes de la investigación	12
1.1.1. Investigación denominada “control difuso administrativo peruano”	12
1.1.2. Investigación “El control difuso administrativo y sus implicancias en el Estado Constitucional de Derecho” ...	13
 1.2. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema	 14
1.2.1. Postura del profesor Luis Castillo Córdova	14

1.2.2. Postura del profesor Aníbal Quiroga León	18
1.2.3. Postura del profesor Eloy Espinoza Saldaña Barrera	19
1.2.4. Postura del autor Percy Bardales Castro	20
1.2.5. Postura del autor Jorge Pando Vélchez	20
1.2.6. Pronunciamiento de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo	21
1.2.7. Postura del autor Francisco Morales Saravia	23
1.2.8. Postura del autor Félix Enrique Ramírez Sánchez	24
1.2.9. Postura del profesor José Palomino Manchego	25
1.2.10. Postura del autor Christian Guzmán Napurí	25
1.2.11. Postura del profesor Juan Morales Godo	26
1.2.12. Comentario de Juan Francisco Rojas Leo	26
1.2.13. Postura de Claudia del Pozo Goicochea	27
 1.3. Orientación jurisprudencial en torno a la aplicación normativa	 29
 1.3.1. Sentencias del Tribunal Constitucional: el control difuso como facultad exclusiva de órganos jurisdiccionales	 29
 1.3.1.1. Sentencia en Exp.N°007-2001-AI/TC. Caso Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho ..	 29

1.3.1.2. Sentencia en Exp.N°499-2002-AA/TC. Caso	
Empresa Triplay S.A.	30
1.3.1.3. Sentencia en Exp.N°1124-2001-AA/TC. Caso	
Telefónica	31
1.3.1.4. Sentencia en Exp.N°1109-2002-PA/TC.	
Caso Reincorporación de Magistrados	34
1.3.1.5. Sentencia en Exp.N°1680-2005-PA/TC.	
Caso Borja Urbano	38
1.3.2. Sentencias del TC: Control difuso como facultad de	
Tribunales Administrativos	41
1.3.2.1. Precedente vinculante: Sentencia en Exp.N°3741-	
2004-PA/TC. Caso Ramón Hernando	
Salazar Yarlénque	41
1.3.2.2. Sentencia en Exp.N°0014-2009-PI/TC. Reglas del	
control difuso administrativo	45
1.3.3. Sentencia del Tribunal Constitucional: Precedente que	
deja sin efecto el “control difuso administrativo”	46
1.3.3.1. Sentencia en Exp.4293-2012-PA/TC. Caso	
Consortio Requena	46

CAPITULO 2: TOMA DE POSTURA	49
2.1. Análisis e interpretación de la información	49
2.2. Presentación de la propuesta de solución al problema.	
Postura personal con fundamento jurídico	53
2.2.1. La Constitución como norma fundamental	54
2.2.2. Supremacía normativa de la Constitución	56
2.2.3. Carácter jurídico de la Constitución	57
2.2.4. Rigidez constitucional	59
2.2.5. Interpretación constitucional	60
2.2.5.1. Interpretación de la Constitución	60
2.2.5.2. Una Interpretación actual e inacabada	61
2.2.5.3. La Constitución y su Interpretación Institucional ..	63
2.2.5.4. Principios de Interpretación de la Constitución	65
2.2.5.4.1. Principio de Unidad de la Constitución ...	65
2.2.5.4.2. Principio de Fuerza Normativa de la Constitución	66
2.2.5.4.3. Principio de Corrección Funcional	67
2.2.5.4.4. Principio de Fuerza Integradora	68
2.2.5.4.5. Principio de Concordancia práctica	69
2.2.5.5. El intérprete de la Constitución	70

2.2.5.6. Interpretación constitucional más allá del texto	
de la disposición interpretada	74
2.2.6. Los límites de interpretación del art.138 de la	
Constitución de 1993	76
2.2.6.1. Interpretación extensiva de la disposición	
constitucional que reconoce el control de	
constitucionalidad difuso	77
2.2.6.2. El control difuso como poder implícito de órganos	
no jurisdiccionales del Estado	85
2.2.7. Control constitucional	89
2.2.8. El control de constitucionalidad difuso	90
2.2.8.1. Punto de partida: el derecho inglés	90
2.2.8.1.1. El common law inglés	91
2.2.8.1.2. La Equity	93
2.2.8.1.3. La jurisprudencia en el derecho inglés ...	95
2.2.8.2. El Juez Sir Edward Coke y la trascendencia	
de su labor en la concepción del control difuso	96
2.2.8.2.1. El Juez Coke y el control judicial sobre	
las decisiones del Rey	96
2.2.8.2.2. Sir Edward Coke y el control judicial sobre	
las leyes del Parlamento inglés	99

2.2.8.3. La influencia inglesa en la adopción del control judicial de constitucionalidad, en Estados Unidos de América	102
2.2.8.4. La trascendencia de “El Federalista” en la instauración de la judicial review en EE.UU.	109
2.2.8.5. El Tribunal Supremo de EE.UU. y el enmarcamiento de la <i>judicial review</i>	112
2.2.9. Control difuso: Naturaleza Jurídica	116
2.2.9.1. Es un poder jurídico	116
2.2.9.2. Control difuso: Un deber jurídico	119
2.2.9.3. Control difuso: Un poder- deber jurisdiccional ...	123
2.2.10. Control difuso: mecanismo de protección de derechos fundamentales	127
2.2.11. Los caracteres del control difuso a partir de su naturaleza Jurisdiccional	129
2.2.11.1. Control excepcional	129
2.2.11.2. Control incidental	130
2.2.11.3. Espontaneidad de su invocación	131
2.2.11.4. Invocación judicial de oficio	132
2.2.11.5. Efectos particulares	132

2.2.11.6. Efecto normativo: Inaplicabilidad de la norma	
cuestionada	133
CAPITULO 3: CONSECUENCIAS	135
3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta	135
3.1.1. En el ámbito político	135
3.1.2. En el ámbito jurisdiccional	136
3.1.3. En el ámbito doctrinario	137
3.2. Beneficios que aporta la propuesta	138
CONCLUSIONES	139
RECOMENDACIONES	142
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143

“LA DESNATURALIZACION DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO”

RESUMEN

El control de constitucionalidad difuso, poder y deber de los órganos jurisdiccionales del Estado ha sido desnaturalizado por el intérprete supremo de la Constitución peruana al menos en dos aspectos que son objeto de este trabajo: cuando decidió que dicha potestad es extensiva a órganos y tribunales de la Administración Pública adscritos al Poder Ejecutivo y cuando fijó que su ejercicio debe estar condicionado a la acreditación de perjuicio y a la invocación de parte.

Desarrollamos el carácter de poder-deber y la naturaleza eminentemente jurisdiccional del control de constitucionalidad difuso, a partir de comprender sus principales fundamentos históricos y jurídicos que dieron origen a esta institución del derecho constitucional, desde su adopción en Inglaterra hasta su desarrollo brillante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, los cuales nos permiten confrontar las decisiones emitidas por nuestro Tribunal Constitucional así como de autores y académicos, en relación a los aspectos cuestionados.

A partir de una interpretación válida de la Constitución y sus disposiciones respectivas, sustentamos el control de constitucionalidad difuso como *poder-deber* y su naturaleza eminentemente jurisdiccional, resultando impropio que la misma sea reconocido como atributo de otros poderes públicos y órganos distintos a los que integran el poder jurisdiccional del Estado.

PALABRAS CLAVE

Constitución, carácter jurídico de la Constitución, supremacía constitucional, control de constitucionalidad difuso, *judicial review*, interpretación de la Constitución, poder jurisdiccional del Estado.

THE DENATURATION OF DIFFUSE CONSTITUTIONALITY CONTROL IN THE SENTENCES OF PERUVIAN CONSTITUTIONAL TRIBUNAL

SUMMARY / ABSTRACT

The diffuse constitutionality control, power and responsibility of Estate jurisdictional body has been distorted by the supreme interpret of the Peruvian Constitution at least in two aspects that are workobjects when decided that authority is extensive to bodies and Tribunals of Public Administration attached to the Executive Power and when stated its exercise must be conditioned to damage accreditation and part invocation.

We develop the carácter power – responsibility and the eminently judicial nature of diffuse constitutionality control, from to understand their main historical and judicial foundations which generated this constitutional right Institution, since its adoption in England until its brilliant development in Supreme Tribunal Jurisprudence of the United States, wich allow us to compare the emitted decisions by our Constitutional Tribunal such as authors and academics in relation to this questioned aspects.

Setting out from a suitable interpretation of the Constitution and its respective provisions, we support the diffuse constitutionality control as power- responsibility and its eminently judicial nature, becoming inapprorpiate that it has been recognized as an attribute of another public powers and different from bodies that integrate the judicial state power.

KEY WORDS

Constitution, Juridical Nature of the Constitution, Constitutional Supremacy, Diffuse constitutionality Control, Judicial review, Interpretation of Constitution, Judicial State Power.

LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO”.

INTRODUCCIÓN

A inicios del año 1997, el Tribunal Constitucional peruano debió resolver la demanda de inconstitucionalidad contra la ley 26657, ley de interpretación *auténtica* del art.112 de la Constitución, por la cual se habilitaba la re-reelección de Alberto Fujimori a la Presidencia de la República. La regularidad de la decisión de vio afectada porque de los siete integrantes del Tribunal, sólo tres podían votar y la ley orgánica del Tribunal exigía seis votos para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Dada la manifiesta inconstitucionalidad de dicha ley, pero al mismo tiempo, la imposibilidad material de alcanzar seis votos, los magistrados Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Rey Terry, decidieron “*aplicar el control difuso – derecho y obligación constitucionalmente reconocidos a todos los jueces – y no el “control concentrado” – derecho y deber exclusivos de Tribunal Constitucional*”¹. Como sabemos, la *inaplicabilidad* de la cuestionada ley no alcanzó efectividad y el candidato Fujimori pudo postular por tercera vez a la Presidencia de la República.

La citada decisión alcanzó reconocimientos como muestra de la resistencia jurídica al poder político autocrático, pero también cuestionamientos desde la doctrina constitucional en el Perú. Domingo García Belaúnde, uno de los representantes más importantes del constitucionalismo peruano, cuestionó tal

¹ Este emblemático caso (STC.Exp.002-1996-AI/TC) propició la emisión de dos sentencias: la primera, en que los tres magistrados aplicaron control difuso (publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, 17 de enero de 1997), y otra sentencia en que se declaró infundada la demanda por no haberse alcanzado seis votos (Diario Oficial “El Peruano”, 18 de enero de 1997). Como era de esperarse - y ya conocemos las razones espurias que lo motivaron -, ésta última fue utilizada por el Jurado Nacional de Elecciones para permitir la tercera postulación del Ing.Fujimori. Actualmente, si se revisa la página web del Tribunal Constitucional, inexplicablemente, sólo la segunda sentencia es publicada –y reconocida, diríamos-, soslayándose la trascendental sentencia que hemos citado, no obstante que, creemos, se trata de una decisión que marcó un hito en la historia del Tribunal Constitucional, desde su creación.

decisión argumentando que no se puede ejercer control difuso en un proceso de inconstitucionalidad.

En el año 2006, nuestro supremo intérprete constitucional decidió, vía *precedente vinculante*, que el control de constitucionalidad difuso también podía ser ejercido por los *órganos y tribunales administrativos adscritos al Poder Ejecutivo*, dando lugar al llamado *control difuso administrativo*, sustentándose en el principio de supremacía constitucional y el deber de defender la Constitución, no obstante que el art.138 de la misma sólo reconoce esta competencia constitucional a favor de los jueces.

Los ejemplos citados aluden a las variantes que ha tenido la interpretación, por el máximo intérprete de la Constitución, respecto al control de constitucionalidad difuso, en un aspecto trascendental: su naturaleza jurisdiccional.

Como es de dominio jurídico, el control de constitucionalidad difuso es un mecanismo jurídico constitucional por el cual un juez dispone la no aplicación de una ley (que se debería aplicar) a la solución de un conflicto, controversia o situación con relevancia jurídica que ha sido sometida a su competencia; amparando su decisión en que la disposición legal vulnera manifiestamente los contenidos de la Constitución, sean éstos: derechos fundamentales, principios, valores o bienes constitucionales.

Como tal, dicho instituto jurídico, desde su adopción en el sistema inglés del *common law*, fue concebido como una potestad de los órganos jurisdiccionales del Estado y así aparece claramente reconocido en nuestra Constitución de 1993 en su art.138, segunda parte, por lo que, parecería inadmisibles que el intérprete constitucional reconozca dicha atribución a otro órgano estatal, como en efecto ocurrió. En ese sentido, sin perjuicio de que en el año 2014 el Tribunal Constitucional ha retrocedido en aquella postura, indicando que esta potestad solo puede ser ejercida por órganos jurisdiccionales, creemos que resulta

importante conocer los fundamentos históricos y jurídicos que permitieron la adopción de este mecanismo de control de constitucionalidad, para comprender por qué tiene una naturaleza eminentemente jurisdiccional, pero además para dar contenido a lo que el propio colegiado constitucional supremo ha denominado “un poder-deber”, característica esencial que, consideramos, se ve vulnerada cuando en las sentencias constitucionales se establece que su ejercicio debe estar sujeta a la invocación de parte y a la acreditación de un perjuicio por quien lo invoca, soslayándose la fuerza normativa de la Constitución y la vinculación que respecto de ella tiene el juez dada su condición de poder constituido.

Con tal objeto, en el desarrollo del presente trabajo, se busca identificar los fundamentos que sostienen la institución del control difuso en el derecho anglosajón como en el anglo americano y que permitieron su adopción por nuestro sistema constitucional, que desde su origen fue influenciado por el sistema europeo continental. Es decir, se trata de comprender una institución jurídica propia de un sistema judicialista cuya fuente de derecho es la jurisprudencia, que fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, de marcada influencia en el sistema del *civil law*, en el que la fuente privilegiada del derecho es la ley.

Bajo ese parámetro, en el desarrollo del trabajo, analizamos las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre control difuso, las mismas que se han establecido mediante precedente constitucional o que constituyen doctrina jurisprudencial, con incidencia en aquellas razones que el máximo intérprete ha expuesto sobre su naturaleza jurisdiccional y el carácter de poder-deber que le es consustancial a esta institución procesal. En el mismo sentido, se analizan las posturas que han asumido algunos autores sobre la problemática generada por las sentencias del Tribunal Constitucional en relación al *control difuso administrativo*, como también, se recogen fuentes doctrinarias que sustentan el significado constitucional de nuestra institución jurídica objeto de estudio.

Un apartado, igual de relevante en el trabajo, se aboca a dilucidar la interpretación de las disposiciones de la Constitución, al amparo del criterio de interpretación institucional, que nos ha permitido analizar los supuestos de obtención de normas constitucionales contrarias al texto de la disposición constitucional originaria; así como los supuestos de contenido implícito de las disposiciones constitucionales, que nos permiten finalmente dar contenido a nuestra propuesta de interpretación constitucionalmente válida del art.138 de la Constitución, respecto a la naturaleza eminentemente jurisdiccional del control de constitucionalidad difuso.

De esta manera, pretendemos que el trabajo represente un aporte para la interpretación constitucional de los representantes de los poderes públicos del Estado en el ámbito legislativo, la administración pública y en especial para los titulares del control de constitucionalidad como el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, así como, para la doctrina constitucional, a fin de considerar, desde la interpretación de la Constitución: por qué el control difuso tiene una naturaleza jurisdiccional y una condición esencial de poder-deber, tanto por su origen histórico pero sobre todo por su finalidad jurídico constitucional dentro de un sistema de ordenación jurídica y política presidido por la Constitución, la misma que ha fijado los ámbitos para el ejercicio de las potestades y poderes públicos a fin de cumplir con el doble propósito de salvaguardar la supremacía de la Constitución así como garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. Situación Problemática

Se considera como situación problemática que ha motivado este trabajo, que el Tribunal Constitucional peruano a lo largo de su funcionamiento, respecto a la institución jurídico-constitucional del **control difuso**, ha emitido decisiones que lo desnaturalizan frente a la Constitución, vulnerándola formal y materialmente.

Así, no obstante que la Constitución establece en su art.138 que el titular de esta potestad es el Juez, sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sentencia que incluso se emitió con calidad de precedente vinculante, ha llegado a reconocer como titulares de este poder-deber a órganos y tribunales administrativos adscritos al Poder Ejecutivo². Y si bien el órgano supremo de interpretación de la Constitución –con una nueva conformación en el año 2014³– ha dejado sin efecto el citado precedente y ha establecido que esta potestad corresponde a órganos jurisdiccionales, sin embargo el debate jurídico sobre la constitucionalidad o no de dicha decisión se mantiene vigente, pues ni siquiera en dicha instancia constitucional suprema se alcanzó unanimidad cuando se decidió dejar sin efecto el control difuso administrativo⁴ y por lo demás, existen sectores académicos de marcada influencia en el campo administrativo, que justifican la procedencia y utilidad del *control difuso administrativo*⁵, a los que se suman posiciones intermedias que postulan que se debe reconocer el poder de inaplicación de leyes a los tribunales administrativos incorporándose para el

² STC. Exp.3741-2014-PA/TC., publicado en “El Peruano”, el 11 de octubre de 2006.

³ STC.Exp.4293-2012-PA/TC., publicada en “El Peruano”, el 03 julio de 2014.

⁴ Resalta en dicha sentencia el voto discordante del magistrado Urviola Hani.

⁵ **Alfredo Bullard**, por ejemplo, cuestionando la anulación del control difuso administrativo, sostiene que mientras la ley obliga a cumplir la Constitución, el Tribunal Constitucional está obligando a que la Administración la incumpla y cometa inconstitucionalidades, obligándola a resolver a sabiendas que su decisión es inconstitucional. *Esquizofrenia* en Diario El Comercio, 19 abril de 2014.

efecto mecanismos como la “cuestión de inconstitucionalidad” vigente en países como España y Francia.

De ahí que, consideramos que la reinstauración del control difuso administrativo es una situación que puede producirse tanto en el ámbito del propio Tribunal Constitucional como también se puede promover a través del Parlamento peruano mediante la dación de una ley para extender esta competencia a órganos no jurisdiccionales del Estado o incluso haciendo ejercicio de un poder constituyente constituido de reforma del citado art.138 de la Constitución.

La otra situación problemática que es objeto de nuestro trabajo está referida a la característica esencial de “**poder-deber**” que se atribuye al control de constitucionalidad difuso y que creemos se ha desnaturalizado cuando el máximo Colegiado Constitucional considera que el ejercicio de dicha potestad debe estar condicionado a la invocación de parte y a la acreditación de un perjuicio por quien lo invoca. Creemos que, dichas exigencias resultan impropias a la fuerza normativa de la Constitución y son contrarias al deber que, en un Estado Constitucional, tiene el juez al solucionar las controversias con relevancia jurídica.

ii. **Formulación del Problema**

¿Por qué las decisiones del Tribunal Constitucional, referidas a atribuir el ejercicio del control de constitucionalidad difuso a órganos no jurisdiccionales del Estado, y de requerir invocación de parte y acreditación de perjuicio para proceder a su ejercicio, contravienen la naturaleza esencial de esta institución jurídico-constitucional?

En ese sentido, teniendo como base de análisis las sentencias del Tribunal Constitucional peruano emitidas desde su entrada en funcionamiento en el año 1996, el ámbito del presente trabajo va a comprender los siguientes aspectos:

- a) El **carácter jurisdiccional del control difuso**, que se ha visto afectado por decisiones del Tribunal Constitucional en que se ha reconocido dicha potestad a órganos no jurisdiccionales del Estado, concretamente, a órganos y tribunales de la administración pública.
- b) La condición esencial de **poder-deber** que caracteriza al control de constitucionalidad difuso, la misma que consideramos se ha vulnerado por las sentencias del Tribunal Constitucional, cuando establecen como presupuesto para su ejercicio: “**invocación de parte**” y “**acreditación de perjuicio de quien lo invoca**”.

Los alcances del problema formulado, se van a dilucidar desde una adecuada interpretación de las disposiciones de la Constitución peruana de 1993, vinculadas al citado modelo de control de constitucionalidad.

Se trata, por tanto, de un caso de **interpretación de la Constitución** (distinta a la **interpretación constitucional de la ley**), por lo que se procederá al análisis de la citada institución jurídica en los ámbitos de: su naturaleza jurisdiccional y su carácter de poder-deber, bajo el parámetro de los principios, derechos

fundamentales y valores que la Constitución reconoce, utilizando para dicho objeto, los criterios de ***interpretación institucional*** que comprende los principios interpretativos de *unidad de la Constitución, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa de la Constitución*.

No es, propiamente objeto de nuestro trabajo, el análisis de los presupuestos materiales y condiciones procesales que nuestro sistema jurídico establece para el ejercicio del control de constitucionalidad difuso, los mismos que, como es de dominio jurídico, se han construido a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional y se han fijado en el vigente Código Procesal Constitucional.

iii. Objetivos

iii.a. Objetivo General

- El trabajo tiene por objeto determinar que la configuración del control difuso, a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, no resulta concordante con su característica de ser un poder-deber de naturaleza jurisdiccional, conforme a su reconocimiento en la Constitución Política del Estado.

iii.b. Objetivos Específicos

- Conocer los fundamentos históricos y jurídicos que sustentan al control difuso como un poder-deber jurisdiccional en el Estado Constitucional.
- Identificar las razones jurídicas fijadas por el Tribunal Constitucional peruano respecto a la titularidad en el ejercicio del control difuso.
- Precisar los criterios jurídicos establecidos por el Tribunal Constitucional, en relación a su condición de un poder-deber jurisdiccional.
- Comprender las normas interpretativas de la Constitución respecto a la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad difuso.
- Analizar y determinar los alcances de la interpretación de las disposiciones constitucionales respecto a la característica esencial de *poder-deber* del control de constitucionalidad difuso.

iv. Metodología Aplicada

La tesis que hemos formulado es de tipo jurídica.

Respecto a su cientificidad diremos que el objeto es reconocible y definido. Se analiza la institución jurídica del control de constitucionalidad difuso, en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, respecto a dos caracteres esenciales: la titularidad en su ejercicio y su condición de poder-deber.

Así mismo, el interés e importancia de nuestro trabajo, creemos que, radica en la óptica distinta con que hemos afrontado el problema: más allá de la previsión constitucional, nuestra propuesta para solucionar la problemática ha sido planteada a partir de una adecuada interpretación de las disposiciones que reconocen el control difuso, considerando los distintos alcances de la interpretación constitucional que, actualmente, incluso permiten arribar a significados constitucionales contrarios al texto expreso de la disposición constitucional.

Creemos por ello, que nuestro trabajo resulta útil para comprender una institución jurídica tan importante como es el control de constitucionalidad difuso; máxime si en su desarrollo se ofrecen elementos para la verificación y refutación de los argumentos que sostienen la propuesta planteada.

Así, la metodología aplicada a nuestro trabajo, que nos ha permitido la adquisición, sistematización y transmisión de los conocimientos jurídicos, es fundamentalmente de naturaleza teórica, dado que tratamos una institución jurídica como es el control de constitucionalidad difuso, cuestionando las razones del Tribunal Constitucional y sustentando una propuesta jurídica, a partir de principios teóricos y su soporte doctrinario y jurisprudencial.

Respecto al **enfoque** de la investigación, el que se ha abordado es de tipo cualitativo, dado que está sustentado en la interpretación jurídica de instituciones de Derecho: se trata de determinar por qué el ejercicio del control de constitucionalidad difuso es de carácter jurisdiccional y por qué, además, constituye un poder-deber conferido por el Constituyente y cuáles son las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

Por ello, en relación al tipo de **método** aplicado, en nuestro trabajo hemos recurrido al método *histórico-lógico*, dado que nos ha permitido describir el desarrollo que ha tenido la institución jurídica del control de constitucionalidad difuso, desde su configuración en el sistema anglosajón y su majestuoso desarrollo en la judicatura de los Estados Unidos de América, sin soslayar el permanente debate que, incluso en la actualidad, suscita su aplicación, dadas las inevitables consecuencias de orden jurídico y político que representa.

Además, hemos aplicado el método *sistémico-estructural-funcional*, dado que la institución jurídica que hemos tratado está adscrita a un sistema jurídico en el que cumple un rol funcional dinámico y trascendente: busca determinar la compatibilidad de las disposiciones legales con la norma que preside el Ordenamiento Jurídico, con lo cual no solo salvaguarda la coherencia normativa del sistema, sino también, garantiza la prevalencia de la Constitución.

CAPÍTULO 1: ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.1. Antecedentes de la investigación

1.1.1. Investigación denominada “Control difuso administrativo peruano”.

La autora Mosi Marcela Meza Figueroa⁶, analiza el control difuso administrativo a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional, en concreto, el precedente fijado en el Exp.3741-2004-PA/TC, caso Salazar Yarlenque.

Considera como argumento válido que los órganos administrativos puedan ejercer dicha facultad, para garantizar los derechos fundamentales de los administrados. Dentro de sus fundamentos que revisten importancia, por su relación con nuestro trabajo, la autora señala que la interpretación del art.138 de la Constitución, para comprender a la Administración Pública en la aplicación del control difuso, es correcta porque si bien en un inicio dicha disposición constitucional únicamente señala que los titulares de dicha potestad son los jueces del Poder Judicial, empero, la misma Constitución reconoce las jurisdicciones militar y arbitral como jurisdicciones especiales y que del mismo modo se deben considerar el Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo

⁶ Con objeto de obtener el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014. Disponible en tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5612/MEZA_FIGUEROA_MOSI_CONTROL_DIFUSO.pdf?sequence=1

Nacional de la Magistratura, cuyas resoluciones no son revisables en sede judicial, según el art.142 de la Constitución.

1.1.2. Investigación “El control difuso administrativo y sus implicancias en el Estado Constitucional de Derecho”,

Lis Martín Arias Koga⁷, luego que el Tribunal Constitucional dejara sin efecto el precedente Salazar Yarleque y citando los argumentos del constitucionalista Luis Castillo Córdova (tal como más adelante lo constatamos), señala que el control constitucional solo se entiende dentro de una interpretación sistemática de la Constitución, conforme a la cual el control difuso tiene sentido dentro de la potestad de administrar justicia y, por tanto, sólo en el ejercicio de la *iurisdictio*. Por ello, reitera que es incorrecto que se le haya atribuido la potestad de ejercer control difuso a los tribunales administrativos porque ello no lo reconoce la Constitución ya que las potestades constitucionales se otorgan de manera expresa, no siendo posible sostener la idea de potestades implícitas que nazcan de la interpretación extensiva de una disposición constitucional, lo cual vulnera los principios constitucionales de seguridad jurídica y en especial el de separación de poderes, a través del cual se establecen de manera expresa cuáles serán las funciones, atribuciones, potestades y límites de cada órgano estatal.

⁷ Para obtener el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 2015. Disponible en pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2253/DER_024.pdf?sequence=1

1.2. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema

1.2.1. La postura del profesor Luis Castillo Córdova

Como consecuencia de las sentencias del Tribunal Constitucional: precedente vinculante en el caso Salazar Yarlénque (Exp.3741-2002-PA/TC) y la sentencia emitida en el Exp.Nº4293-2012-PA/TC, con la cual se deja sin efecto el citado precedente; el profesor Luis Castillo Córdova publicó dos artículos, el primero en noviembre de 2006, titulado **Administración Pública y Control de constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?**⁸ y el segundo, publicado en mayo del año 2014 denominado **“Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”**⁹.

El primero representa, a nuestro entender, la crítica más fundada y ponderada al precedente vinculante del caso Salazar Yarlénque y que tiene el mérito de haberse formulado antes que el Tribunal Constitucional lo dejara sin efecto. En él, nuestro autor identifica que la citada sentencia está sustentada en tres argumentos: **Primero**, que del artículo 138 de la Constitución, no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial. **Segundo**, la eficacia vertical de los derechos fundamentales. Y, **Tercero**, el significado actual del principio de legalidad en sede administrativa.

Al respecto, el citado constitucionalista, sostiene que, si bien es válida la consideración de la Constitución como norma jurídica y como tal como una realidad plenamente vinculante; empero, resulta dañino para el correcto

⁸ En Revista **“Diálogo con la jurisprudencia”**, N°98, Ediciones Gaceta Jurídica, Lima, Perú, noviembre de 2006, p.31-45.

⁹ En Revista **“Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional”**, tomo 77, mayo de 2014, Ediciones Gaceta Jurídica, Lima, p.28-34.

funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho que ello suponga atribuir a la Administración Pública la potestad del control difuso cuando ésta **no es Comisionada del Poder Constituyente**. Señala que, la Constitución se presenta como una realidad normativa que tiene por finalidad la limitación del ejercicio del poder político, y ésta limitación se efectúa tanto a través del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales (dimensión dogmática de la Constitución), como a través de la división de poderes (dimensión orgánica de la Constitución); siendo que, el poder político dividido en las funciones legislativa, ejecutiva y judicial encuentra su legitimidad si es ejercido dentro de los cánones previstos constitucionalmente, en particular con aquél que pone de manifiesto la principal exigencia constitucional: la defensa de la persona humana, y con ella la mayor efectividad de los derechos fundamentales.

En ese escenario, sostiene, el constituyente peruano de modo expreso ha encargado al Poder Judicial el deber de inaplicar la norma legal o infra legal que contravenga la Constitución, en cualquier proceso judicial, empero, a la Administración Pública no se le ha atribuido ni potestades ni funciones en relación a este aspecto.

Respecto al pretendido **reconocimiento implícito** en el art.138 de la Constitución, para permitir el ejercicio del control difuso por la Administración Pública, el autor sostiene que ello tampoco es posible, dado que dicha disposición define una potestad: la administración de justicia, y como consecuencia de la misma nace un deber: la de preferir la Constitución cuando una ley o norma infralegal la contradigan. Éste deber sólo se entiende dentro de una interpretación sistemática, conforme a la cual el control difuso de constitucionalidad tiene sentido dentro de la potestad de administrar justicia y, por tanto, sólo en el ejercicio de la *iuridictio*. Por lo que, si no se puede sostener que la Administración Pública tiene asignada la potestad jurisdiccional tampoco podrá reconocérsele el control de constitucionalidad, ni siquiera implícitamente.

Agrega que, como en todo el Derecho, en el Derecho Constitucional, las disposiciones que definen potestades, competencias, funciones y facultades deben ser interpretadas restrictivamente. No existen potestades constitucionales implícitas, ni mucho menos su atribución puede ser consecuencia de aplicaciones análogas de la norma. En relación a este punto, conforme al principio de **Separación de Poderes**, elemento fundamental del Estado Constitucional de Derecho, no se permite más que la interpretación estricta de las normas que organizan el poder, dividiéndolos en órganos constitucionales y atribuyéndoles clara y expresamente las correspondientes potestades, facultades o funciones. Por lo que, **nada sería tan nefasto para el Estado Constitucional de Derecho que admitir que determinadas potestades previstas exclusivamente para determinados órganos, puedan también ser titularizadas y ejercitadas por órganos distintos.** (*resaltado nuestro*)

Señala que, conforme al art.139.1 de la Constitución las únicas jurisdicciones son la judicial, la militar y la arbitral, por lo que los términos “proceso y “jueces” a que se refiere la segunda parte del art.138 de la misma comprende a dichas jurisdicciones y a las mismas corresponde el ejercicio del control difuso. Mas, **no existe jurisdicción administrativa** y en todo caso la Administración tiene potestades cuasi judiciales, siendo en el proceso contencioso administrativo (art.148 de la Carta) en que se realiza el control de constitucionalidad a través del órgano judicial. Apunta que, en ningún caso puede interpretarse aislada y extensivamente el citado art.138 para atribuirle a la Administración la función jurisdiccional y como tal el control difuso de constitucionalidad, pues ello resultaría siendo inconstitucional. Así mismo, la sujeción de la Administración al ordenamiento constitucional como lo prescribe el art.III del TP de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley 274444, significa que su actuación estará condicionada al control judicial y constitucional que realiza el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional que son los órganos con competencia para

ello; pues no corresponde a la Administración realizar determinaciones constitucionales o innovar el ordenamiento jurídico, sino por el contrario le corresponde aplicar las realizadas por los órganos constitucionalmente habilitados para ello.

Precisa que, si el Tribunal decide extender la potestad de administrar justicia y consecuentemente el deber de inaplicar leyes (como ocurre en el caso Salazar Yarlenque), debe hacer lo mismo con los particulares, en cuyo seno ocurren procedimientos privados como en una Junta General, Gerencia o Directorio; lo cual resultaría muy grave y habrá desnaturalizado la función de Comisionados del Poder constituyente que tienen atribuido tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial.

Advierte, además, que un asunto relevante es el tema de la especialidad formativa y el empleo de herramientas para decidir la inaplicabilidad de una ley, que no es destacable en jueces del Poder Judicial como tampoco en el Tribunal Constitucional, y que no se espera sea mejor en funcionarios de la Administración.

En relación a la eficacia de los derechos fundamentales, señala el autor, la Administración se vincula a la Constitución y debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, sin embargo, dentro de un marco constitucional donde no le corresponde definir cuál es el contenido constitucionalmente protegido de ellos, ni menos lo que es y no es constitucionalmente válido, lo cual es competencia del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

Considera que, si un administrado advierte la amenaza efectiva de un derecho fundamental por parte de la Administración, puede válidamente acudir al amparo constitucional.

En el artículo **“Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”**, el profesor Castillo Córdova, de forma interesante plantea

distinguir los roles que se tiene respecto de la Constitución, así señala, hay quienes son **vinculados**, otros son **intérpretes** y algunos **controladores**, siendo que todo controlador de la Constitución es vinculado e intérprete vinculante de la Constitución, pero no se puede realizar la afirmación inversa, esto es, que todo vinculado e intérprete de la Constitución por esa sola razón se convierte automáticamente en controlador constitucional, porque para ser controlador se requiere contar con atribuciones propias de control.

Así, el autor destaca el error del Tribunal que considera que por el hecho de ser intérprete y estar vinculado a la Constitución, determinados órganos de la Administración Pública pueden controlar la constitucionalidad de las leyes. Finalmente, precisa que, en relación al art.138 de la Carta, el elemento esencial que determina que alguien sea juez o no, es la **iurisdictio**, atributo que no tiene la Administración Pública.

1.2.2. Postura del profesor Aníbal Quiroga León

El abogado constitucionalista¹⁰ ha señalado que la **judicial review** pertenece a la **competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial** conforme a la segunda parte del artículo 138 de la Carta Constitucional, inequívoca y sistemáticamente situado dentro del Poder Judicial, y que lo que la Constitución reserva expresamente para un órgano veda expresamente para otro.

Agrega el autor que, las competencias constitucionales no se pueden analogizar, ni extender, pues deben ser taxativas y son excepcionales, cita como referencia el principio general del derecho contenido en el Art. IV del TP del Código Civil.

1.2.3. Postura del profesor Eloy Espinoza Saldaña Barrera

¹⁰ En “**La recepción judicial de la judicial review americana**”; en “**La Constitución y su Defensa**” Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Editorial Grijley, Lima, noviembre 2003, 1° edición, p.232.

Para el actual magistrado del Tribunal Constitucional¹¹, uno de los obstáculos del *control difuso administrativo* lo representa el **principio de legalidad**, al cual se encuentra sometido la Administración y que se expresa como un *mecanismo de control* por el cual la actuación de la misma debe realizarse conforme a Derecho. Precisa que, una de las principales manifestaciones de dicho principio, es que las potestades de actuación están regladas de acuerdo a parámetros prescritos precedentemente. Apoyándose en el jurista Eduardo García de Enterría, indica que lo **implícito** se circunscribe a lo que sin debate puede deducirse de lo explícitamente asignado, y por su parte, **lo discrecional** no parte de nada, sino de un marco de acción previamente establecido.

Así mismo, el autor cuestiona que se invoque el mandato de defensa de la Constitución (artículo 38), pues se llega a forzar el sentido de dicho precepto constitucional, ya que no puede inferirse la capacidad de inaplicar una norma por reputarla inconstitucional, del mandato de defender la Constitución y advierte el riesgo y gravedad de que ello se admita, porque significaría que cualquier ciudadano en cualquier circunstancia puede dejar de aplicar una norma porque la considera contraria a la Constitución.

1.2.4. Postura del autor Percy Bardales Castro

Considera que la inaplicación de normas es una **actividad que requiere una especialización**, para lo cual sólo estarían preparados los Jueces y tribunales jurisdiccionales dado que su labor está intrínsecamente relacionada a la interpretación de las normas y su aplicación a situaciones concretas, para lo cual gozan de autonomía; lo cual no ocurriría con los funcionarios públicos (adscritos a la Administración) cuya actividad regular es la aplicar normas, pero

¹¹ En “El control difuso: su ámbito de acción en el Derecho Comparado y sus alcances en el Perú”; “Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional”; Editorial Jurista, Lima, septiembre 2005, 1ª edición; p.139

sujetos a la obediencia al superior jerárquico lo cual limita cualquier intención de inaplicar normas¹².

1.2.5. Postura del profesor Jorge Pando Vílchez

El profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Perú¹³ considera que la administración pública, no puede derogar ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a ejecutarla y cumplirla, lo que no impide que sin perjuicio de su cumplimiento, examine la validez de la misma a la luz de la Constitución y proponga por los canales del derecho, su declaración de inconstitucionalidad o su derogación, ante los órganos competentes.

Agrega que, si bien comparte la premisa fundamental de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma inferior, empero, el ejercicio por parte de la administración de una facultad “*implícita*” de control constitucional difuso, podría llevar precisamente a la arbitrariedad o al favoritismo de intereses subalternos, y que sería muy peligroso que vía un proceso muy complejo de interpretación, la administración pública determine que debe inaplicar una ley porque, según el razonamiento seguido, dicha norma es contraria a la Constitución.

1.2.6. Pronunciamiento de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo

¹² En “La obligación del Tribunal Fiscal y la Administración Tributaria de ejercer el control difuso”; en Diálogo con la Jurisprudencia; Gaceta Jurídica Editores, N°83 agosto 2005, año 11; p.304.

¹³ “La Administración frente a la norma constitucional: ¿control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?”; en Revista Peruana de Derecho Público N°5 Año 3 julio-diciembre 2002; Editora Grijley, Lima; p.107-113.

En un comunicado público del 05 de junio de 2006, se señaló:

- a) La Administración Pública, al estar sometida a los alcances del principio de legalidad, no puede ni derogar singularmente ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a ejecutarla y cumplirla.
- b) Sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en las normas legales puede apreciar la validez de la norma legal aplicada, y en caso considere que la misma vulnere la Constitución, proponer su derogatoria o su declaración de inconstitucionalidad ante los órganos competentes.
- c) El control difuso se ejerce en el marco de un proceso jurisdiccional, el mismo que no discurre en sede administrativa, sino exclusivamente en sede judicial.
- d) Una interpretación coherente del marco constitucional, permite afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico el control difuso se encuentra reservado para las instancias jurisdiccionales correspondientes, que son las únicas que se encuentran habilitadas constitucionalmente para ejercer la defensa de la Constitución.
- e) Propiciar una interpretación por la cual se habilite a todo funcionario u órgano (sea unipersonal o colegiado) de la Administración Pública para que pueda efectuar un control difuso de constitucionalidad de normas legales o de legalidad de normas reglamentarias, es una posición que genera una afectación contra el respeto al principio de legalidad administrativa, a la seguridad jurídica y el respeto al Estado de Derecho en nuestro país.
- f) En un escenario en el cual existen miles de órganos que ejercen la función administrativa en nuestro país (entiéndase los diversos órganos administrativos existentes en instituciones públicas tales como ministerios, organismos constitucionalmente autónomos, organismos públicos descentralizados, municipalidades provinciales, distritales, entre otros), así como estando en marcha un proceso de descentralización que no termina de ser correctamente entendido en

sus alcances como en su progresividad, no es factible ni viable constitucional y legalmente, otorgar validez a las interpretaciones que posibilitan un control difuso de constitucionalidad a los órganos de la Administración Pública.

g) Los procedimientos, actos y decisiones de los órganos de la Administración Pública, son de naturaleza administrativa (de modo formal y material), y no tienen naturaleza jurisdiccional, en vista que los órganos administrativos emisores de los mismos no gozan de los atributos, poderes y garantías de los que se encuentran investidos los órganos jurisdiccionales. No es conveniente que los órganos de la Administración Pública asuman facultades propias de los jueces y órganos judiciales, como la de pretender efectuar un control indirecto de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos.

1.2.7. Postura del autor Francisco Morales Saravia

A favor del control difuso administrativo, el autor sostiene que, dado que el control difuso encomendada al Poder Judicial hace varios años ha sido poco utilizado, es conveniente extenderlo a los Tribunales Administrativos u órganos colegiados, y que de esa manera, el ámbito de los operadores jurídicos encargados de preservar el carácter normativo de la Constitución, y corregir las manifiestas inconstitucionalidades de las leyes y los reglamentos, se verá ampliado con el consiguiente beneficio de hacer realidad la vigencia plena del principio de supremacía constitucional.

Apunta que, actualmente los Tribunales Administrativos son muchos más que en el pasado, contándose con Tribunal Fiscal, Tribunal de la Competencia en el Indecopi, Tribunal del CONSUCODE, los órganos colegiados de los Organismos Reguladores y Supervisores de Servicios Públicos (OSIPTEL, OSINERG, SUNASS, OSITRAN), entre otros, que los mismos tienen profesionales de alta calidad y competencia y aún cuando sus nombramientos

dependen del gobierno de turno, en varios casos han dado muestras de independencia funcional.

Agrega que, la carga administrativa ha aumentado y los ciudadanos esperan una solución justa y rápida y que en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad o de evidente lesión a los derechos fundamentales, no se puede decir al administrado que tiene razón pero que la Administración le rechazará su petición porque la ley así lo dice, aunque sea contraria a la Constitución y que tendrá que recorrer todo el procedimiento administrativo, incluso llegar al Tribunal Administrativo, para una respuesta negativa y que recién entonces podrá recurrir al Poder Judicial para exigir la supremacía de la Constitución o la defensa de sus derechos¹⁴.

1.2.8. Postura del autor Félix Enrique Ramírez Sánchez

En el artículo **“El control difuso es exclusividad del Poder Judicial”**¹⁵, publicado con posterioridad a que el Tribunal Constitucional dejara sin efecto el control difuso administrativo, sostiene que el control difuso debe ser ejercido exclusivamente por los jueces tal como lo exige el mismo sistema desde sus orígenes y por ser una consecuencia propia del Estado Constitucional de Derecho.

Señala que, desde sus inicios la *judicial review* fue una potestad exclusiva del Poder Judicial en la medida que es un acto complejo que sólo lo realizan los magistrados del Poder Judicial ya que ellos necesitan realizar un estudio y análisis exhaustivo y sobre todo, por ser guardianes de la Constitución conforme está desarrollado en el sistema neoconstitucional, y que el fundamento de otorgarle a los jueces dicha función es porque están fuera del

¹⁴“**Tribunales administrativos y control constitucional: Comentarios a la posición del Tribunal Constitucional del Perú**”; en Gaceta del Tribunal Constitucional N° 3 julio – septiembre 2006; p.48.

¹⁵ Revista Actualidad Jurídica N°246, mayo 2014, Ediciones Gaceta Jurídica, Lima, p.28-38

poder político, constituyendo una forma de autolimitación del poder dentro de un Estado Democrático.

A partir de los principios de separación de poderes y de legalidad, considera que los órganos públicos están constreñidos a realizar sólo aquellas actividades que le son asignadas por una norma del ordenamiento jurídico formal: **competencia**, que es elemento sustancial a la actuación del Estado. Así, señala que el control judicial de constitucionalidad es una competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales y no de los administrativos.

1.2.9. Postura del profesor José Palomino Manchego

En un artículo conjunto con **Mario Chávez Rabanal**¹⁶, cuestionan que el citado precedente atribuye a la Administración una competencia no reconocida en la Constitución.

Consideran los autores, que toda competencia que no ha sido otorgada de manera expresa por la Constitución o por el Poder Constituyente no puede ser delegada por los poderes constituidos.

1.2.10. Postura del autor Christian Guzmán Napurí

En el artículo “***El problema del control difuso en sede administrativa***”¹⁷, publicado después que se dejara sin efecto el control difuso administrativo, sostiene que la Administración Pública sólo puede hacer lo que la Constitución y la ley le han autorizado a realizar expresamente, y que, el control difuso

¹⁶ “El control difuso y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano: El precedente del Exp.Nº3741-2004-AA/TC”; en “Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional”, Grijley, Lima, 2010, p.1023.

¹⁷ En Revista Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N°77, mayo de 2014, Ediciones Gaceta Jurídica, Lima, p.17-20.

administrativo en realidad viola la Constitución, y en concreto se vulnera el derecho al debido proceso.

1.2.11. Postura del profesor Juan Morales Godo

Al comentar la sentencia del Tribunal Constitucional que deja sin efecto el control difuso administrativo¹⁸, el profesor sanmarquino considera que la decisión del máximo tribunal supone un retroceso en la interpretación del principio de legalidad y que la instauración de dicho mecanismo constituía una posición novísima que superaba la tradicional percepción de que el control difuso sólo lo tienen los órganos jurisdiccionales.

Resalta que, fue un paso trascendental considerar que la interpretación de las normas, que implican un permanente ejercicio de validación con la Constitución, también se extiende a la Administración Pública, que al igual que todos los operadores deben manejar la jerarquía de las normas, y que el art.138 de la Constitución que reconoce el control difuso a jueces, no significa que no se pueda interpretar extensivamente dicha disposición.

1.2.12. Comentario de Juan Francisco Rojas Leo¹⁹

De forma interesante, dicho autor señala que no era constitucionalmente válido que una actuación del Tribunal Constitucional determinara la existencia de un tercer mecanismo de control constitucional. Señala que, el art.38 de la Carta no convierte a cualquier connacional –funcionario público o no- en un definidor de la prevalencia de la Constitución.

¹⁸ “**Retroceso en la Interpretación del principio de legalidad**”; en Revista Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N°77, mayo de 2014, Ediciones Gaceta Jurídica, Lima, p.21.

¹⁹ “**El control de constitucionalidad vuelve a ser constitucional**”; en Revista Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N°77, mayo de 2014, Ediciones Gaceta Jurídica, Lima, p.23-25.

Precisa que, el art.51 de la Constitución en modo alguno es una identificación de quien puede ejercer la facultad para señalar la violación constitucional y determinar la inaplicación de una ley. Y, finalmente incide en que, un sistema jurídico es tal porque responde a un diseño previamente concebido por el propio constituyente, que para el caso peruano ha determinado que el control de constitucionalidad difuso es ejercido por los jueces.

1.2.13. Postura de Claudia del Pozo Goicochea

La citada autora al comentar la sentencia del Exp-4293-2012-PA/TC²⁰ señala, siguiendo el voto del magistrado Urviola Hani, que es inaceptable que el Tribunal Constitucional se restrinja a la interpretación literal de las disposiciones de la Constitución de que conforme al art.138 el control difuso sólo puede ser ejercido por el Poder Judicial.

Indica que, el control difuso administrativo es un mecanismo *in extremis* para la vigencia efectiva de la Constitución y la tutela de derechos fundamentales. Y que, si bien en un Estado Constitucional existe una delimitación de las funciones de los poderes públicos, no es menos cierto que los actos de dichos poderes constituyen actos de aplicación de la Constitución, y que con el argumento formal de que el control difuso no está establecido para la Administración se deja de lado el análisis de si este mecanismo es necesario o no para superar un problema del sistema.

Advierte, además, que desconocer el establecimiento de un mecanismo de control resulta incompatible con la defensa efectiva de la eficacia normativa de la Constitución.

1.3. Orientación jurisprudencial en torno a la aplicación normativa

²⁰ Revista Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N°77, mayo de 2014, Ediciones Gaceta Jurídica, Lima; p.55-66.

1.3.1. Sentencias del Tribunal Constitucional: El control difuso como facultad exclusiva de órganos jurisdiccionales.

1.3.1.1. Sentencia en Exp.N°007-2001-AI-TC. Caso Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho²¹. Se demandó la inconstitucionalidad de la Ordenanza N°033, publicada el 30 de abril de 1999, por la Municipalidad del Distrito de San Juan de Lurigancho, Lima, porque declaró la inaplicabilidad en la jurisdicción de dicho Distrito, de la Ordenanza Municipal N°211 de la Municipalidad Metropolitana de Lima publicada el 12 de febrero de 1999, con la cual se estableció que las ordenanzas expedidas por las municipalidades distritales que integran la Municipalidad metropolitana, deben ser ratificadas por ésta.

El Tribunal Constitucional procedió a examinar: *i)* Si el Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho se encontraba o no facultado para declarar inaplicable dentro del propio ámbito territorial el texto de la Ordenanza N°211, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima; y *ii)* Si es o no constitucional que la Municipalidad Metropolitana de Lima exija que las ordenanzas con contenido tributario, emitidas por una Municipalidad Distrital, tengan que ser necesariamente ratificadas por el Concejo Provincial.

Respecto al punto controvertido que tiene relevancia con nuestro trabajo, el Tribunal consideró que la emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues ***la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme al artículo 138 de nuestra Constitución Política, sólo se***

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de febrero de 2003, Expediente N°007-2001-AA/TC, Lima, 2001.

encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables las normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable.

1.3.1.2. Sentencia en Exp. N°0499-2002-AA/TC. Caso Empresa Triplay S.A.²². El representante de la Empresa Triplay Iquitos S.A., demanda vía amparo que la SUNAT deje sin efecto las órdenes de pago N°s 121-1-11939 y 121-1-12254, del 5 y 30 de junio de 1998, respectivamente, por Impuesto de Promoción Municipal (IPM) de abril y mayo de 1998. En sus fundamentos señala que la demandada viola su derecho a la igualdad y que en la Ley General de Industrias se regula la exoneración tributaria que comprende al IPM y al Impuesto General a las Ventas. Precisa que no ha agotado la vía administrativa porque la entidad demandada ha trabado embargo sobre sus bienes.

La demanda fue desestimada en el Poder Judicial por no haberse agotado la vía administrativa, a lo que el Tribunal Constitucional señala que no es necesario que se agote la vía administrativa, dado que, es objeto de la demanda la inconstitucionalidad del cobro de un tributo y su cuestionamiento en sede administrativa, en cuya sede **el Tribunal Fiscal, al no poseer el rango de órgano jurisdiccional, no es**

²² Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de junio de 2003, Expediente N°0499-2002-AA/TC, Lima, 2002.

competente para declarar la inaplicabilidad de leyes o normas con rango de ley, pues tal actuación contravendría la Constitución.

1.3.1.3. Sentencia en Exp. N°1124-2001-AA/TC. Caso Telefónica²³. El 29 de mayo de 2000 los ex trabajadores de la empresa Telefónica formulan demanda de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud a un Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

Sostienen los demandantes que se ha vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A, dado que ésta ha iniciado una política de despidos masivos con el propósito del "despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados". Acompañan como anexo una lista de setenta y siete trabajadores, alegando que ha sido elaborada por la accionada, en la que se encuentra una relación del personal a ser "desvinculado" de ésta.

El intérprete constitucional centra su análisis en dilucidar si los actos de despido que venían efectuando las empresas demandadas al amparo de lo dispuesto por el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, constituían o no vulneración de derechos constitucionales a la libertad de sindicación y al trabajo; porque considera que no es competencia del Tribunal Constitucional ni del

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de septiembre de 2002, Expediente N°1124-2001-AA/TC, Lima.

amparo analizar si el acto cuestionado se ha efectuado en términos o no de la ley correspondiente, puesto que ello constituye un asunto de mera legalidad ordinaria y por ende, competencia propia de los juzgados en materia laboral.

El Colegiado Constitucional invoca la doctrina de los efectos *inter privados* de los derechos constitucionales en el sentido que la fuerza normativa activa y pasiva de la Constitución, por ende, su vinculatoriedad, se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares - *eficacia inter privados* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales-; tal como debe apreciarse en el caso de la empleadora Telefónica del Perú S.A.A. y de los trabajadores demandantes, más aún cuando en la relación laboral se configura una situación de disparidad entre el empleador que asume un status particular de preeminencia sobre el trabajador, por lo que, el Derecho y, en particular, el Derecho Constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador; por ello, la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23º, segundo párrafo). Se precisa que, los citados efectos *inter privados* deben reconocerse tanto al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral.

El Tribunal delimita el alcance del derecho a la *libertad sindical* y el derecho a la *libre sindicación*, teniendo como sustento las normas de los tratados de derechos humanos; y advierte que, en el caso, resulta coincidente que las personas que fueron despedidas unilateralmente por Telefónica del Perú S.A.A., sean precisamente miembros del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y de la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú; lo cual le permite concluir que ha sido “el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la

aplicación de la medida de despido”; lo cual lesiona el derecho constitucional a la libertad de sindicación dado que se ha despedido a los trabajadores por el sólo hecho de estar afiliados a los sindicatos.

Así mismo, se razona sobre el contenido esencial del derecho al trabajo reconocido por el artículo 22° de la Constitución; el cual implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa, siendo esta segunda parte la relevante para resolver la causa, esto es, *entendido el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa*. En ese orden, considera que si bien el artículo 27° de la Constitución efectúa una remisión legislativa a fin de que se desarrolle el ámbito de protección al trabajador "frente al despido arbitrario"; sin embargo, la propia norma constitucional establece la necesidad de que dicho ámbito de protección debe ser "adecuado", lo cual significa que no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador, esto es, no se puede consagrar mediante ley una "facultad de despido arbitrario" a favor del empleador.

Así, los Magistrados concluyen que **resulta incompatible con la Constitución, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728**, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, cuando establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación", sin prever la posibilidad de reincorporación. La **incompatibilidad** con la Constitución de la citada disposición se funda en que: *i)* vacía de contenido el derecho al trabajo, ya que uno de los componentes del contenido esencial de dicho derecho es la proscripción del despido, salvo por causa justa; *ii)* el uso de dicha disposición evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral, lo cual resulta contrario al principio tuitivo que rigen las

normas constitucionales laborales referidas a irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de la forma social de la República (artículo 43°) y de la llamada cláusula de los derechos son enumerados (artículo 3°); y *iii*) porque la consecuencia compatible con la Constitución, en el caso de un despido sin causa justa, es la reposición en el trabajo, siendo la indemnización una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo considera libremente el trabajador.

1.3.1.4. Sentencia en Exp.N°1109-2002-A/TC. Caso Reincorporación de Magistrados²⁴. El 12 de septiembre de 1986, el ciudadano Isaac Gamero Valdivia fue nombrado Vocal Supremo Titular de la Corte Suprema de la República, siendo que el 09 de abril de 1992, como consecuencia del “autogolpe” contra el Estado Constitucional peruano e instaurado el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional por Alberto Fujimori, se dictó el decreto ley 25423 con el cual se dispuso su cese en el cargo que venía desempeñando como Magistrado Supremo. El 28 de abril del mismo año se dictó el decreto ley 25454, mediante la cual se prohibía la interposición de la acción de garantía de amparo contra los efectos del decreto ley 25423. En el año 2001, restaurado el orden democrático con la asunción de Valentín Paniagua en el cargo de la primera Magistratura de la República, luego que Alberto Fujimori fuera vacado en el cargo de la presidencia por incapacidad moral permanente; el magistrado Isaac Gamero Valdivia formuló demanda de amparo a fin de que se declare la inaplicabilidad de los decretos leyes 25423 y 25454 y se lo reponga en el cargo de Vocal Supremo Titular de la Corte Suprema de la República.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de noviembre de 2002, Expediente N°1109-2002-AA/TC, Lima, 2002.

El Tribunal Constitucional inicia su argumentación analizando el contexto político que imperaba cuando se produjo el acto violatorio de derechos, esto es, se recuerda que el 05 de abril de 1992, el ingeniero Alberto Fujimori instauró un gobierno de facto, dentro del cual se emitieron los decretos leyes 25423 y 25454, con los cuales se violaron los derechos constitucionales del recurrente Isaac Gamero Valdivia. En ese sentido, señala que por muy atípico que pueda ser el *gobierno* instaurado, en ningún caso puede privarse a una persona de acceder a un recurso efectivo, sencillo y rápido para la protección de sus derechos reconocidos por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Considera el Colegiado, la necesidad de armonizar las normas internas con el Derecho Internacional de Derechos Humanos; en ese sentido, la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos debería reconocerse ante cualquier situación de inestabilidad democrática y que el acceso a los procesos de amparo y hábeas corpus no se podían suspender ni siquiera en estados excepcionales; de ahí que, el decreto ley 25454 que impide la formulación de acciones de garantía constitucional resultaba incompatible con el sistema de protección de derechos humanos.

Por ello, considera el Tribunal que, si bien el Decreto Ley 25454 señala que no procede la acción de amparo cuando está dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de los Decretos Leyes N°s 25423, 25442 y 25446, lo cual indebidamente acataron los Magistrados del Poder Judicial, sin embargo, no se tuvo en cuenta que los tratados suscritos por el Estado en materia de derechos humanos, en ningún momento, suponían la suspensión de las garantías procesales que permitiese el acceso a un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales.

Así mismo, en relación a la excepción de caducidad de la acción de amparo, dado que, el artículo 37 de la ley 23506, establecía el plazo perentorio de sesenta días hábiles para formular la demanda, contados desde la comisión del acto infractor, el Tribunal considera que, al verificarse que una norma que impedía la interposición de acciones de amparo aún mantiene su vigencia, debe reformular su propia jurisprudencia, y establece que, no procede alegar la caducidad en los procesos de amparo cuando el accionante se encontró impedido de ejercer su derecho de acción, dado que mientras la misma no sea removida, la inexistencia de un recurso idóneo no puede implicar la convalidación de un acto atentatorio de los derechos fundamentales, por lo que en todo caso, dicho plazo se computará desde la remoción del impedimento; y en todos los demás casos en que la afectación o amenaza de afectación de derechos fundamentales deriva de la aplicación de una norma legal o acto administrativo, y no existe impedimento legal alguno para la interposición de la demanda, su impugnación debe realizarse dentro del plazo de sesenta días hábiles conforme lo establece el artículo 37° de la Ley N.° 23506.

Bajo dicha perspectiva, el supremo intérprete advierte que la entonces Constitución de 1979, vigente a la comisión del agravio constitucional reconocía como derechos de los Magistrados *la permanencia en el servicio hasta los 70 años, así como la inamovilidad en el cargo siempre que observaran conducta o idoneidad propia de la función*; y que el artículo 248 de la misma establecía que la destitución sólo podía efectuarse como consecuencia de un procedimiento administrativo; por lo que, la destitución del magistrado Isaac Gamero Valdivia se efectuó contraviniendo los derechos fundamentales del debido proceso.

Consecuentemente, el Tribunal concluye en la necesidad de aplicar el control difuso al amparo de los arts.51 y 138, segundo párrafo, de la Constitución; procediendo a fijarse criterios que deberán orientar su aplicación: *“a) Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N.° 23506); b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia; y c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*.

El Colegiado constitucional sostiene que en el citado caso se cumplen los presupuestos señalados, dado que la norma cuestionada - Decreto Ley N° 25423 contraviene la Constitución de 1979 y la Convención Americana de Derechos Humanos, su dilucidación de constitucionalidad o no es relevante para la resolución del proceso; y, finalmente, porque no es posible interpretar la norma cuestionada de acuerdo con la Constitución, por ser evidentemente inconstitucional; por lo que se declara fundada la demanda de amparo e inaplicable al demandante el artículo único del Decreto Ley N.° 25423, así como el Decreto Ley 25454 y se ordena su reincorporación como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia, y que se compute el tiempo no laborado por razón del cese, sólo para efectos pensionables.

1.3.1.5. Sentencia en Exp.N°1680-2005-PA/TC. Caso Borja Urbano²⁵.

En dicho proceso se planteó como punto de controversia la

²⁵ Sentencia publicada en El Peruano el 26 noviembre 2006.

inaplicabilidad o no de diversos artículos de la Ley Penal Tributaria, porque violaban la autonomía constitucional del Ministerio Público al desplazar al Fiscal de la función de conducir la investigación de los delitos, dado que se lo obligaba a formalizar denuncia penal cuando la misma era presentada por la SUNAT.

El Tribunal reitera que **el control de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley**, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver la controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución.

Se precisa que el control difuso es un **poder-deber** del juez consustancial a la Constitución del Estado Constitucional y dadas las consecuencias de su ejercicio, por cuanto la ley es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la *última ratio* a la que un juez debe apelar.

De manera relevante se considera que, la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, sino que además se impone como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.

Así, el Tribunal procede a fijar presupuestos para la aplicación del control difuso, tratando de darle contenido al Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

- a) El control difuso se aplica luego de haber agotado la interpretación de la ley conforme a la Constitución, y de haberse verificado que no ha sido posible la adecuación de aquella²⁶.
- b) El control de constitucionalidad **se realiza en el seno de un caso judicial**, esto es, ante el planteamiento de una controversia jurídicamente relevante sometida al juez para su dirimencia. **No puede realizarse fuera del ejercicio propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelven opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes**; tampoco órganos que resuelven casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y alcance de las leyes.
- c) Se exige constatar la relevancia de la ley para resolver la controversia sometida al juez, esto es, cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, sea con la pretensión principal o pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.
- d) Se requiere que **quien plantea al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación ha causado o pueda causarle un agravio directo**, pues de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. Además, para que se realice en el proceso de amparo, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucional de algún derecho protegido y por otro, **que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario**, ya que de otro modo no sería

²⁶ Este es el llamado *principio de interpretación conforme a la Constitución*, que postula que el juez sólo recurre a la inaplicación de la ley, como última ratio, esto es, luego de haber agotado la interpretación de la cuestionada ley conforme a la norma constitucional. Algunos casos en que ha sido invocada por el TC, son: STC. N°141-2002-PA/TC, f.j.4, STC.N°020-2003-PI/TC, f.j.5.

posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del art.4 del CPC.

- e) Tampoco puede realizarse respecto de las leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional en un proceso abstracto de constitucionalidad (art.VI TP. y 1DF.CPC). Esta restricción tiene las excepciones siguientes: i) no rige respecto de la ley que posteriormente haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal de Justicia en derechos humanos al cual el Estado se ha sometido a su competencia contenciosa; ii) cuando el juez advierte que la aplicación de la ley en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional; y iii) cuando el Congreso posteriormente modifica la Constitución dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley.

1.3.2. Sentencias del Tribunal Constitucional: Control difuso como facultad de Tribunales Administrativos.

1.3.2.1. Precedente vinculante: Sentencia en Exp.N°3741-2004-AA/TC. Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque²⁷. La Municipalidad de Surquillo, Lima impuso una multa al ciudadano Ramón Hernando Salazar Yarlenque, quien interpuso recurso impugnatorio contra la misma, lo cual no le fue admitida dado que se le exigió el pago de una tasa ascendente a la suma de quince nuevos soles. El recurrente formuló demanda de amparo invocando la violación de su derecho constitucional de petición y su derecho de defensa como parte del debido proceso.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 octubre 2006, Expediente N°3741-2004-AA/TC, Lima, 2002.

Los tribunales sostienen que los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conforme a los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra; siendo que este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública.

Así mismo, señalan que la Ley Legum establece que la labor de respeto y prevalencia de la Constitución fijado en el artículo 51 de la Carta Magna y cuya defensa se ha orientado a los órganos jurisdiccionales conforme al párrafo segundo del artículo 138, igualmente alcanza a los órganos de la Administración Pública. Consideran para el efecto que, la vinculación al principio de legalidad que establece el art.IV del TP de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley 27444, debe entenderse *en el fondo*, como *concretización* de la supremacía jurídica de la Constitución.

De manera que, según los magistrados, **los órganos de la Administración pública no sólo tienen la facultad de hacer cumplir la Constitución sino también el deber constitucional de efectuar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a las normas constitucionales o a las interpretaciones que de ellas haya efectuado el Tribunal Constitucional.**

Precisan que, **si bien la Constitución reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro de un proceso judicial.**

Advierten los magistrados, la necesidad de efectuar una interpretación concordada no sólo de las normas constitucionales a partir de los **principios de unidad y concordancia práctica**, sino también de la compatibilidad que las normas infraconstitucionales deben tener con las normas constitucionales; de tal manera que para el caso, se invoca no sólo las normas constitucionales del artículo 38, 51 y 138 segundo párrafo de la carta, sino también las contenidas en el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General cuando sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, o el artículo 102 del Código Tributario cuando establece que al momento de resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía, la referencia a éstas no puede ser otra que a las normas constitucionales, en concordancia con el citado artículo 51 de la Carta Magna, esto es, la supremacía constitucional. Por lo que, consideran, la no aplicación del control difuso por los entes de la administración pública significaría ***vaciar el contenido del principio de supremacía constitucional***.

Un aspecto trascendente en esta sentencia, es que el Tribunal Constitucional ha establecido que **el control difuso es un contenido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos**; que se explicaría como el derecho fundamental de toda persona a que el Estado a través de sus órganos correspondientes aplique el control difuso ante una situación en que la norma contraviene la Constitución tanto formal como materialmente.

En relación al caso, el Tribunal Constitucional resuelve declarando fundada la demanda de amparo, señalando que el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración Pública, vulnera los derechos

fundamentados de debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional.

Finalmente, el Tribunal fija como precedente vinculante que todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tienen la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnere manifiestamente bien por la forma o el fondo, de conformidad con los arts.38, 51 y 138 de la Constitución; observando para ello los presupuestos siguientes; i) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; y 2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

En Resolución aclaratoria de la sentencia, se precisó que: i) Los tribunales y órganos colegiados administrativos a quienes se reconoce el ejercicio del control difuso son aquellos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados; ii) Que, **se ejerce a pedido de parte y excepcionalmente de oficio**; y iii) Que, los citados órganos administrativos no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso constitucional, como tampoco pueden aplicar las consecuencias de las relaciones jurídicas o efectos de una ley que ha sido declarada inconstitucional en dichos procesos, conforme al art. VI del TP del Código Procesal Constitucional.

1.3.2.2. Sentencia en Exp.N°0014-2009-PI/TC. Reglas del control difuso administrativo²⁸. El representante de la Municipalidad Provincial

²⁸ STC. Publicada en El Peruano el 15/09/2010.

de Lima cuestiona que la ley 28996 modificatoria del art.48 de la ley 27444, faculte a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI el ejercicio del control difuso respecto de ordenanzas municipales y regionales de alcance general, lo cual sostiene, es inconstitucional dado que la Constitución sólo reconoce dicha potestad a los órganos jurisdiccionales.

El Tribunal Constitucional invoca su precedente del caso Salazar Yarlenque, y procede a precisar las condiciones de aplicación del control difuso administrativo:

- a) El control difuso administrativo se lleva a cabo por tribunales de carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.
- b) Procede cuando la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.
- c) Se recurre a dicho examen de constitucionalidad, cuando sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo.
- d) El control difuso administrativo **se ejerce sólo a pedido de parte**. Los tribunales administrativos u órganos colegiados están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados, pudiendo sancionarse los fines obstruccionistas o ilegítimos de las solicitudes. **Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio** cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el TC, de conformidad con

el último párrafo del art.VI del TP del Código Procesal Constitucional, o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del TC.

- e) Además, se señala que el proceso contencioso administrativo está habilitado para cuestionar la resolución administrativa que aplica control difuso administrativo.

1.3.3. Sentencia del Tribunal Constitucional: Precedente que deja sin efecto el “control difuso administrativo”.

1.3.3.1. Sentencia en Exp.N°4293-2012-PA/TC. Caso Consorcio Requena²⁹. En ésta, el Tribunal Constitucional deja sin efecto el precedente vinculante del caso Salazar Yarlenque.

El primer aspecto que desarrolla el Tribunal es que el cuestionado precedente se haya instaurado sin observar las *reglas para el establecimiento de un precedente vinculante*, fijadas en el Exp.N°0024-2003-AI/TC³⁰. Por cuanto, no existían interpretaciones contradictorias respecto al sentido de los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución; tampoco existía interpretación errónea o indebida de las normas del bloque de constitucionalidad; además, **no existe vacío legislativo ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre el titular de dicha potestad**, sino por el contrario, en la Constitución se ha delimitado a quien le corresponde dicho ejercicio; tampoco había en la práctica jurisdiccional o administrativa interpretaciones diversas sobre los arts.38, 51 y 138 de la Constitución que socaven la primacía de la Constitución en el

²⁹ Sentencia publicada en “El Peruano”, el 03 julio 2014.

³⁰ Sentencia publicada en “El Peruano”, el 09 de noviembre de 2005.

ordenamiento jurídico; y finalmente, el cuestionado precedente tampoco se estableció para cambiar algún precedente vinculante preexistente.

De ahí que, tan sólo por dichas razones el cuestionado precedente debe ser dejado sin efecto, sin embargo, el Tribunal Constitucional considera necesario incorporar las razones materiales siguientes:

- a) La Constitución (en su art.138) establece que dicha potestad reside en el Poder Judicial –dado que está considerada en el Capítulo pertinente a dicho Poder del Estado-, pero además se establece la forma en que deben proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. Por lo que la citada potestad, en el mejor de los casos, puede extenderse a todos los órganos que desempeñan función jurisdiccional, pero en modo alguno a los tribunales administrativos los cuales no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial; tal como en su oportunidad se sostuvo en las sentencias de Exp.007-2001-AI/TC y Exp.1680-2005-PATC.
- b) El TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art.14) ha desarrollado el citado mandato de la Constitución, estableciendo el mecanismo de control de la decisión del juez cuando aplica control difuso en los procesos sometidos a su conocimiento: la consulta ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República. Lo cual no ocurre en el caso de los tribunales administrativos que aplicarían control difuso, cuyas decisiones de no ser impugnadas adquirirían calidad de cosa decidida independiente de si el ejercicio de la potestad es conforme o no a la Constitución.
- c) Permitir que los tribunales administrativos realicen control difuso afecta el sistema dual de jurisdicción constitucional establecido por la

Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional, conforme a los arts.138 y 201 de la Constitución.

- d) Afecta también al principio de división de poderes, pues un tribunal administrativo que integra el Poder Ejecutivo controlaría las normas dictadas por el Poder Legislativo.
- e) Conforme al art.118.8 de la Constitución, al Ejecutivo le corresponde la reglamentación de las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, por lo que, con el control difuso administrativo se otorgaría además la potestad de controlar la constitucionalidad de una ley, cuando conforme a la Constitución no le corresponde cuestionarla sino únicamente acatarla.

CAPÍTULO 2: TOMA DE POSTURA

2.1. Análisis e interpretación de la información

En relación a los aspectos que son objeto de nuestro trabajo, hemos podido advertir lo siguiente:

Tanto las sentencias del Tribunal Constitucional como las posturas académicas que defienden el carácter jurisdiccional del control difuso tienen como punto de partida la interpretación del art.138 de la Constitución, por ello podemos decir que los autores Castillo Córdova, Espinoza Saldaña-Barreda, Aníbal Quiroga, Palomino Manchego, han coincidido que se trata de una cuestión de ***competencia constitucional***, esto es, de una potestad que la Carta Magna ha reconocido expresamente a los jueces y no a otro ente estatal como la Administración Pública.

Advertimos también que, el debate se ha generado por las sentencias del Tribunal que en un primer momento reconocieron dicha potestad a favor de tribunales de la Administración Pública adscritos al Poder Ejecutivo y que, posteriormente, dejaron sin efecto el llamado *control difuso administrativo*.

Incluso se ha considerado, como correlato de la competencia fijada por la Constitución, que ningún estamento del Estado puede arrogarse la competencia

reconocida a otro órgano del Estado. Es decir, no se admite la competencia extensiva, análoga o implícita de un poder público en el ejercicio del control de constitucionalidad difuso, más aún, tratándose de una potestad constitucional, donde se requiere realizar una interpretación restrictiva.

Así, podemos decir que la postura unívoca de la doctrina que respalda esta postura, es que la potestad de ejercer el control difuso sólo está atribuida a los jueces del Poder Judicial porque así lo establece expresamente la Constitución y porque a ningún otro estamento del Estado, dicha norma suprema, le ha reconocido ese poder-deber. Así, advertimos que los cuestionamientos a las sentencias del Tribunal Constitucional se concretan a un asunto de competencia, dado que se considera que reconocer el ejercicio del control difuso a entidades administrativas vulnera el principio de legalidad y la reserva que la Constitución ha hecho a favor de los jueces, en su art.138.

Como más adelante lo desarrollamos, creemos que circunscribir el análisis a una cuestión de **competencia constitucional**, enfrenta un doble problema:

- a) Por un lado, la significación constitucional que actualmente se tiene de la interpretación de la Constitución, en que se considera la necesidad de realizar una interpretación actual, conforme al carácter dinámico de la misma, desmarcándose de la voluntad o intención que tuvo el Constituyente al establecer las disposiciones constitucionales.
- b) Y otro escenario igual de complicado:
 - i) Que, el Congreso de la República pueda reconocer mediante ley, que el ejercicio del control difuso puede ser ejercido por un órgano o poder público no jurisdiccional.

- ii) Que, el mismo Parlamento, pueda plantear la reforma constitucional del art.138, reconociendo a órganos no jurisdiccionales el ejercicio del control de constitucionalidad difuso.

Entendemos que, los escenarios supuestos darían por superado el problema de la competencia constitucional, pues se podrá considerar que por intervención del intérprete supremo de la Constitución y en el último de los casos, por obra del poder constituyente constituido (al realizar la reforma constitucional), los órganos no jurisdiccionales del Estado están facultados para ejercer el control de constitucionalidad difuso.

Por ello, creemos que es insuficiente determinar el carácter jurisdiccional del control difuso circunscribiendo el análisis a que su ejercicio pertenece a los jueces porque así lo establece la Constitución y que la disposición que lo reconoce está ubicada en la parte orgánica de la Constitución referida al Poder Judicial y siendo que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales, por tanto, no les corresponde el ejercicio del control difuso.

Como hemos resaltando, el Tribunal Constitucional ha señalado que el precedente Salazar Yarlénque, que reconoció el control difuso administrativo, ha desnaturalizado una competencia otorgada por la Constitución, al haber extendido su ejercicio a quienes no ejercen función jurisdiccional y que conforme a la Constitución carecen de competencia para ejercer el control difuso. Y es que, conceder dicha facultad a los tribunales administrativos significaría quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo pues no poseen legitimidad directa ni expresa para decidir la inaplicabilidad de las normas jurídicas vigentes.

Quienes defienden la vigencia del *control difuso administrativo* consideran que el Tribunal, al dejarlo sin efecto, ha realizado una interpretación literal del art.138 de la Carta y que no se ha realizado una interpretación constitucional

bajo los principios de unidad y concordancia práctica, dado que también deben considerarse los arts.38 y 51 de la Constitución.

Nosotros, conforme al desarrollo que más adelante se realiza, consideramos que la argumentación del máximo intérprete constitucional, que recurre incluso al principio de división de poderes, igual se concretiza en una cuestión de competencia constitucional, a partir de lo establecido en el art.138 de la norma suprema, sin embargo, ello no soluciona completamente la situación problemática, pues como hemos señalado dicho aspecto se puede ver superado por el ejercicio de reforma constitucional o incluso de interpretación de las disposiciones constitucionales. Por ello, más allá de indicar que a los tribunales administrativos no les corresponde el control difuso porque no son órganos jurisdiccionales -algo que es más que manifiesto-, la cuestión estriba en determinar por qué a los órganos de la Administración Pública o a cualquier otro órgano estatal no jurisdiccional del Estado, no resulta constitucionalmente válido que se le reconozca el ejercicio de este poder-deber constitucional.

2.2. Presentación de la Propuesta de solución al problema. Postura personal con fundamento jurídico.

Nuestra postura en relación a los dos aspectos problemáticos planteados en este trabajo, se concretiza en lo siguiente: El control de constitucionalidad difuso es un poder-deber jurídico de naturaleza eminentemente jurisdiccional.

En ese sentido, creemos que el Tribunal Constitucional, mediante interpretación constitucional, no puede extender dicho ejercicio a órganos no jurisdiccionales del Estado, y en el caso del Congreso de la República, este poder público no puede, mediante ley o a través de una reforma constitucional, atribuir dicho poder-deber a órganos no jurisdiccionales del Estado.

Así mismo, ni el intérprete supremo de la Constitución como tampoco el Parlamento deben introducir presupuestos materiales o condiciones que terminen por desnaturalizar la condición de poder-deber del control de constitucionalidad difuso, como: la acreditación de que la ley cuestionada causa agravio directo a quien invoca su aplicación; o que, tratándose de un proceso de amparo, primero el afectado debe haber cuestionado la ley en el proceso ordinario (exigencias planteadas en el caso Borja Urbano); o, que, se requiera invocación de parte para su ejercicio (como se determinó en el caso Exp.014-2009-PI/TC).

Como se podrá apreciar, nuestra postura se sustenta en la Interpretación de la Constitución, a partir de comprender no solo las disposiciones que reconocen este mecanismo constitucional, sino también aquellas instituciones jurídicas cuya significación constitucional permiten sustentar nuestra propuesta y superar la situación problemática planteada en este trabajo.

2.2.1. *La Constitución como Norma Fundamental*

No hay duda que, actualmente es inobjetable, al menos en sociedades como la nuestra que ha adoptado el modelo de Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho³¹, la asunción de la Constitución como norma fundamental del Estado. Las razones que la han hecho merecedora de tal calificación son variadas, sin embargo, consideramos que viene a ser su **contenido** el elemento que determina el carácter fundamental de la Carta Constitucional; teniendo en cuenta que este contenido está referido al: **reconocimiento de los derechos fundamentales y a la distribución orgánica del ejercicio del poder**, que a nuestro entender son los presupuestos jurídicos básicos sobre los cuales se organiza una sociedad y que a su vez son expresión del afamado postulado consagrado para la humanidad por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 26 de agosto de 1789): **“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”**.

En esta línea, resulta interesante que para la autora Cecilia Mora-Donato³² el carácter fundamental de la Constitución deriva de que en ella, por voluntad del constituyente, se haya establecido los fundamentos firmes e inamovibles de convivencia civil, sujetando la actuación de los poderes públicos a estrictas normas de comportamiento, garantizando con ello los derechos de los ciudadanos.

Otros aspectos vinculados al carácter fundamental de la Carta es **su origen** y **su carácter de fuente normativa** del ordenamiento. Respecto de lo primero, se considera que es la única norma del ordenamiento proveniente de la voluntad

³¹ Nuestro Tribunal Constitucional ha arribado a esa significación constitucional a partir de la interpretación de los art.3 y 43 de la Constitución.

³² En **“El valor de la Constitución Normativa”**, 1ªedic.UNAM, 2002, p.8.

del poder constituyente, y en el segundo aspecto, porque se sostiene que la Constitución no sólo tiene la condición de fuente de Derecho sino también como norma delimitadora del sistema de fuentes³³. De manera que, por un lado, se constituye en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella, por lo que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad; y por otro, se configura como la “fuente de las fuentes de derecho” que regula la producción normativa del ordenamiento jurídico.

Nosotros creemos que, el carácter de fuente del Derecho que se atribuye a la Constitución, es una consecuencia de su reconocimiento como norma fundamental a partir de los presupuestos señalados: reconoce los derechos fundamentales de las personas y se establece como garantía de estos, la distribución de las principales funciones que cumple el poder del Estado a través de distintos entes (no sólo en los tradicionales poderes del Estado, sino además y de manera cada vez más trascendental, en los organismos constitucionales autónomos), bajo principios que los limitan pero que también los interrelacionan y coordinan su ejercicio funcional, estableciendo mecanismos de control que Karl Lowenstein³⁴ calificó como intraórganos (entre el parlamento y el gobierno) e interórganos (de los tribunales frente al gobierno y el parlamento y los que efectúan el electorado frente a gobierno y el parlamento).

De esta manera, el poder para decidir si se aplica o no una ley a la solución de una controversia con relevancia jurídica, teniendo como parámetro la conformidad, fidelidad o coherencia de esa ley con la Constitución, tiene su punto de partida en la comprensión de la Constitución como norma fundante de

³³ Como lo ha sostenido el TC en STC.Nº0047-2004-AI/TC, f.j.8 y ss.

³⁴ Karl Loewenstein, **Teoría de la Constitución**; Edit. Ariel Demos, Barcelona, España, 1982, 2º Edic., reimpresión; p.294-346

una sociedad jurídicamente organizada y es justamente la defensa de su contenido lo que garantiza la convivencia armónica de quienes detentan el ejercicio del poder y de quienes son los destinatarios de ese ejercicio.

2.2.2. Supremacía Normativa de la Constitución

John Marshall en *Marbury vs Madison* señaló que ***“Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación y, consecuentemente, la regla que debe aplicarse es que toda ley contraria a la Constitución es nula”***³⁵. Esta frase refleja la relación insoslayable entre supremacía normativa de la Constitución y el control judicial de constitucionalidad, lo cual nos permite considerar que la supremacía constitucional es el principio sustentador y determinante de la aplicación del control difuso.

El principio de supremacía normativa de la Constitución postula la prevalencia de la Constitución haciéndola cabeza del ordenamiento jurídico de tal manera que todo el derecho legislado deberá ser compatible y coherente con los derechos fundamentales, principios, valores y bienes constitucionales.

Nuestro interés en este punto, tiene que ver con la justificación del ***por qué la Constitución ha sido reconocida por el constituyente en el lugar privilegiado del Ordenamiento Jurídico*** y no en las consecuencias de esa consagración, que parece ser la postura del Tribunal Constitucional, cuando se ha referido a las formas en que se manifiesta la supremacía constitucional: delimitándolo, por un lado, en su vertiente *objetiva* o *estructural*, a partir del art.51 de la Carta, que establece que la Constitución se ubica en la cúspide del Ordenamiento jurídico prevaleciendo sobre toda norma legal, y por otro lado, en

³⁵ La sentencia traducida al español ha sido consultada en **“Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”**, Miguel Beltrán de Felipe y Julio González García; Edit.Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2006, 2ª Edic.; p.117.

su ámbito *subjetivo*: por cuanto ningún acto de los poderes públicos ni de la colectividad en general puede vulnerarla³⁶.

Consideramos que el lugar que el Constituyente de 1993 le ha dado a la Carta Magna para presidir el Ordenamiento Jurídico es una consecuencia de su condición de norma fundamental, esto es, por ser la norma que comprende las líneas básicas de organización y de convivencia de la sociedad, para alcanzar los fines que en ella misma subyacen: igualdad, libertad, paz, bien común, justicia, entre otros; así mismo, porque de manera privilegiada reconoce los derechos fundamentales y porque delimita quiénes ejercen los ámbitos del poder del Estado, cómo se ejerce el mismo, bajo qué condiciones y con qué límites. Y éste es justamente el fundamento de ejercer el control de constitucionalidad difuso y por el cual el constituyente ha encargado su defensa a un poder constituido.

2.2.3. *Carácter jurídico de la Constitución*

Nuestros máximos intérpretes de la Constitución han señalado que el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso abandonar la tesis de que la Constitución era solo una norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto³⁷.

El contenido de este principio, que tardó en asimilarse en nuestro sistema constitucional, en EE.UU. se hizo vigente desde la dación de su Constitución, y fue precisamente la primera de sus características básicas, como bien lo apunta

³⁶ Véase entre otras STC.Nº5854-2005-PA/TC, F.j.6.

³⁷ STC.Nº1317-2008-PHC/TC, f.j. 8.

el profesor norteamericano Robert S. Barker³⁸, para quien la Constitución de Estados Unidos no es tanto una declaración de principios o deseos, sino un documento jurídico que establece normas jurídicas, y que así lo asumieron los constituyentes de la Convención de Filadelfia y lo sostuvieron Hamilton, Madison y Jay en “El Federalista”, para quienes la Constitución no sería una colección de sugerencias o aspiraciones, sino una lista de normas de conducta. Precisa el citado autor, que estos postulados también eran de recibo en el ámbito académico, como lo da cuenta en 1794, las cátedras de James Kent, Canciller de Nueva York y profesor de Derecho del Columbia College (ahora Columbia University), quien enfatizaba en el carácter normativo de la Constitución.

Entonces, ***¿cuál debería ser el significado de la juridicidad de la Constitución?***

Consideramos que la juridicidad de la Constitución se manifiesta en concebir a las normas, principios, valores, derechos fundamentales y bienes constitucionales como un Derecho cuya aplicabilidad directa es imperativa en los actos de todo poder público, así como en las actuaciones intersubjetivas de los particulares (por el efecto *inter privados* de la Constitución), de manera que, el legislador, el poder ejecutivo, la administración pública, los jueces y toda autoridad pública deben regir su actuación conforme a los contenidos constitucionales, en cuyo ámbito estas actuaciones tienen validez. Así, el contenido constitucional se erige como derecho directamente aplicable³⁹, y se deberá apreciar, por ejemplo, cuando el Parlamento va a establecer un tributo o conceder una amnistía, o cuando el Ejecutivo va a conceder un indulto, o cuando un juez va a emitir una resolución que restrinja el derecho fundamental a la libertad individual de un procesado.

³⁸ “**La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual**”, Edic. peruana, Grijley, Lima, abril, 2005; p.4.

³⁹ Como lo sostiene el Tribunal Constitucional en STC.Nº1680-2005-PA/TC, F.j.2.

El concebir a la Constitución y su contenido –derechos fundamentales, principios, valores y bienes constitucionales- como derecho directamente aplicable, definitivamente tiene significativa relevancia a la hora de decidir la inaplicabilidad de una ley por su incompatibilidad con la Constitución, pues de lo que se trata es de identificar y dotar de significado a los contenidos constitucionales para imponerlos sobre una ley por su manifiesta e irremediable colisión con aquellos; de manera que, el control de constitucionalidad es consecuencia de revelar el carácter jurídico de la Constitución, y a su vez, el mismo es la garantía para salvaguardar el carácter jurídico de la Constitución.

2.2.4. Rigidez constitucional

Comprendida la rigidez de la Constitución como el atributo que le ha concedido el constituyente para que la alteración de sus disposiciones no ocurra de forma regular a la de cualquier otra disposición normativa del ordenamiento jurídico, sino que se exija un procedimiento de modificación privilegiado, exigente y cualificado⁴⁰, consideramos que resulta siendo importante a la hora de entender el ejercicio del control difuso.

Como se puede advertir, la rigidez constitucional está vinculada a los caracteres que venimos mencionando y sobre todo a la supremacía de la Constitución. Así lo entiende, por ejemplo, Ricardo Guastini⁴¹, para quien una Constitución rígida ocupará una posición “suprema” en el ordenamiento jurídico en un doble sentido: Por un lado, las normas constitucionales no pueden ser modificadas por la ley, y por otro lado, la conformidad con las normas constitucionales es una condición de validez de la ley misma. De tal forma que una ley que

⁴⁰ Como ocurre con nuestra Constitución a partir de su art.206.

⁴¹ Ricardo Guastini “**Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano**”; en Revista “La reforma constitucional y sus problemas” Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; Editorial Grijley, Lima, julio 2003, 1ªEdic., p.217.

pretenda modificar la Constitución o (lo que es lo mismo) que esté en contraste con ella, es una ley ilegítima, es decir, inválida.

2.2.5. Interpretación constitucional

Bajo la configuración que el Constituyente estableció en nuestra Constitución, el ejercicio del control de constitucionalidad difuso está atribuido a los jueces del Poder Judicial (art.138). De manera que, la posibilidad o no, de que dicha potestad sea ejercida por un órgano estatal distinto, como es el caso de los órganos y tribunales administrativos adscritos al Poder Ejecutivo, nos pone ante la necesidad de recurrir a la interpretación de la Constitución, propiamente, a la interpretación de las disposiciones constitucionales que reconocen dicha potestad, así como a las distintas instituciones jurídico constitucionales, teniendo como parámetro los principios, derechos fundamentales, valores y bienes constitucionales que reconoce nuestra Carta Magna.

2.2.5.1. Interpretación de la Constitución. La interpretación constitucional es, por supuesto, una interpretación jurídica que parte de la noción básica de ser un acto racional por el que se comprende el significado y se delimita los alcances de una disposición jurídica.

En principio, se considera que es el ámbito dispositivo el que delimita el alcance de la interpretación, por lo que, partiendo de la significación gramatical de las palabras y conceptos lingüísticos, no se puede mediante la interpretación, incorporar un contenido o significado que colisione con los mismos.

Sin embargo, tratándose de la interpretación constitucional, esta concepción está condicionada por las particularidades de la Constitución, que como norma jurídica tiene caracteres propios que la distinguen de todas aquellas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado. Se

trata pues, de interpretar la norma suprema, cuyo origen es distinto a las demás disposiciones jurídicas, así mismo, no sólo es norma jurídica sino también política y es a su vez, la norma que de forma armoniosa articula el conjunto del ordenamiento jurídico dándole coherencia.

No debemos olvidar que, debido al carácter abierto e incompleto de las disposiciones de la Constitución, el intérprete debe otorgarle el significado jurídico respectivo, teniendo como parámetro: principios, derechos fundamentales, valores y bienes que la Constitución reconoce.

De manera que, la significación jurídica que el intérprete constitucional obtenga de las disposiciones constitucionales definitivamente es distinta al significado que el intérprete obtendrá de las disposiciones infraconstitucionales, pues como dijo el Juez John Marshall en el caso *Mc Culloch v. Maryland* (1819): “***no debemos olvidar que lo que estamos interpretando es la Constitución***”⁴²

2.2.5.2. Una interpretación actual e inacabada. La Constitución sólo se justifica en la realidad a la que está llamada a servir, por eso se la ha llegado a asimilar como un organismo vivo⁴³, de manera que, la interpretación de sus disposiciones, deberá realizarse bajo el contexto de una realidad determinada.

Actualmente, es pacífico reconocer el carácter dinámico de la Constitución. Así lo han reconocido los máximos tribunales de los

⁴² El Juez del Tribunal Supremo Félix Frankfurter (1939-1962) señaló que esta frase: “***Es la más importante jamás pronunciada acerca del proceso de interpretación constitucional***”. El caso *Mc Culloch* permitió que el Tribunal Supremo fijara la doctrina constitucional de los poderes implícitos, en relación a los poderes que la Constitución reconoció a la Federación frente a los Estados. La cita de la sentencia traducida se ha consultado en “**Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos...**”; p.129.

⁴³ Karl Loewenstein postulaba que la *Constitución normativa* es la necesaria concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder, de manera que “para que una Constitución sea viva, debe ser por tanto efectivamente vivida por destinatarios y detentadores del poder...”. Ob.cit., p.217.

Estados Constitucionales. Antonin Scalia, magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos, sostiene que en Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha considerado que el significado de la Constitución cambia “a la luz de la evolución de los estándares de decencia que marcan el progreso de una sociedad en proceso de maduración”⁴⁴.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución expresa una realidad en constante y permanente renovación, oponiéndose por tanto a un momento estático⁴⁵. En esa línea argumentativa, ha señalado que la interpretación constitucional no sólo es un acto de concretización sino también de intermediación entre el momento del constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales, siendo la realidad y sus múltiples manifestaciones: culturales, sociales y anímicas las que deben orientar el significado y alcance de las disposiciones constitucionales. ***No hay interpretación fuera del tiempo***, ha sentenciado el intérprete supremo de la Constitución peruana⁴⁶. El Juez norteamericano Oliver Wendell Holmes (1902-1932) señalaba que, si bien el texto de la Constitución está bien preservado en los Archivos Nacionales y permanece inalterado, ***“su significado es una realidad reconstruida parcialmente por cada generación de intérpretes”***⁴⁷; y es que, como señalan los autores Laurence H. Tribe y Michael C. Dorf, la Constitución no es una máquina con voluntad propia, sino es fundamentalmente un texto para ser interpretado y reinterpretado en una

⁴⁴ En “**Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho**”, Palestra, 1ª Edic., Lima, julio, 2015; p.106.

⁴⁵ STC.Exp.020-2003-PI/TC; f.j. 8

⁴⁶ STC.Exp.4853-2004-PA/TC, f.j.28.

⁴⁷ En caso Missouri v. Holland; la cita corresponde a “**Interpretando la Constitución**”, Laurence H. Tribe y Michael C. Dorf; Palestra, Lima, 2010, p.44.

búsqueda interminable por su entendimiento, advirtiéndose que, esa búsqueda no puede ser tenida como perfecta e infalible⁴⁸.

2.2.5.3. La Constitución y su Interpretación Institucional

Los caracteres que hemos resaltado de la Constitución, así como la concepción que de la misma se debe tener al momento de interpretar sus contenidos, nos permiten comprender que los tradicionales métodos y criterios interpretativos (métodos literal, sistemático, histórico y sociológico) resultan insuficientes y muchas veces impropios para determinar el significado y alcance de las disposiciones constitucionales. Más aún si, como es de dominio constitucional, las disposiciones de la Carta Magna están reconocidas tanto bajo la forma de principios como de reglas jurídicas, por lo que se requiere utilizar criterios interpretativos que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, deben permitir concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados político, sociales y económicos de la Carta⁴⁹, siendo uno de esos criterios, pertinente para nuestro caso, la ***interpretación institucional de las cláusulas de la Constitución***.

El autor peruano César Landa Arroyo, siguiendo a Konrad Hesse,⁵⁰ señala que la interpretación institucional se caracteriza porque busca recuperar el carácter vinculatorio de la norma constitucional con la realidad constitucional, a partir de un método racionalmente controlable, propósito que sólo es posible a partir de la concretización de la norma constitucional sobre la base de la realidad constitucional. De manera que, según lo precisa el citado autor, lo que no aparece de forma clara como

⁴⁸ Ob.cit.; p.77.

⁴⁹ STC.Exp.008-2003-PI/TC; f.j.4.

⁵⁰ En "**Tribunal Constitucional y Estado Democrático**", Palestra Editores, 2ª edición. Lima, noviembre de 2003; p.493.

contenido de la Constitución debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad.

La interpretación institucional, a partir de los principios interpretativos de: *“Unidad de la Constitución”, “eficacia integradora” y “concordancia práctica”*, nos permite: Identificar la lógica hermenéutica unívoca en las disposiciones constitucionales, que parte de considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado social y democrático de derecho; y al mismo tiempo, apreciar la Constitución como un todo unitario, una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme; tal como lo resalta nuestro intérprete constitucional en la sentencia citada.

Así mismo, la interpretación institucional tiene el propósito que el intérprete realice una interpretación actual de las disposiciones constitucionales, alejándose de aquellas posiciones mediante las cuales, la interpretación tiene por objeto la búsqueda de la intención del constituyente (interpretación originaria de la Constitución) o que se respete la literalidad del texto de la disposición constitucional (interpretación textual).

2.2.5.4. Principios de Interpretación de la Constitución.

2.2.5.4.1. Principio de Unidad de la Constitución. Conforme al cual la Constitución debe apreciarse como un todo unitario que alberga normas principios, valores, derechos y bienes constitucionales, que mantienen coherencia y persiguen una finalidad planteada por el Constituyente.

El Tribunal Constitucional ha señalado que las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su

sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario⁵¹. En una de sus sentencias emblemáticas ha señalado que conforme al principio de unidad de la Constitución, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto⁵².

Como hemos señalado, quienes postulan el ejercicio del control difuso por órganos no jurisdiccionales, consideran que la Constitución no puede interpretarse sólo a partir del art. 138, sin considerar los arts.38 y 51 de la misma, por ello – señalan- la decisión del Tribunal que dejó sin efecto el control difuso administrativo es producto de una interpretación literal del citado art.138. Entendemos que el cuestionamiento que se formula tiene que ver con la observancia del principio de unidad de la Constitución, esto es, de comprender a la misma como un todo unitario y no a partir de una de sus disposiciones.

2.2.5.4.2. Principio de Fuerza Normativa de la Constitución.

Indicamos que, uno de los atributos esenciales de la Constitución en el Estado Constitucional es su carácter jurídico cuya expresión más relevante es la fuerza vinculante que tiene respecto a los poderes públicos, así como a los particulares. De ahí que mediante este principio interpretativo lo que se exige es que, en la interpretación se efectivice este carácter y en su faz negativa, evitar que esa fuerza normativa se pierda con la interpretación constitucional.

⁵¹ STC.Exp.008-2003-PI/TC, f.j.5.

⁵² STC. Exp.5854-2005-PA/TC, f.j.12. Caso Lizana Puelles

El Tribunal Constitucional se ha referido a este principio en caso Llanos Huasco⁵³ así como en el caso Telefónica⁵⁴ que hemos citado en este trabajo, en los cuales ha señalado que, conforme al artículo 38°, la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares con el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos, deviene en inconstitucional.

En el citado caso Lizana Puelles se precisó que, según este principio, la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público y a la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, desde quienes postulan el control difuso de órganos administrativos, se considera que a dichos entes les corresponde ejercer esa potestad porque se debe salvaguardar la supremacía de la Constitución y el efecto vinculante de sus normas. Empero, como más adelante lo desarrollamos, no se repara en que, justamente el carácter jurídico de la Constitución impide que la interpretación de sus normas termine desnaturalizando los principios, derechos, valores y bienes constitucionales.

2.2.5.4.3. Principio de Corrección Funcional. Este principio prevé que en el acto interpretativo el intérprete constitucional debe respetar las competencias, atribuciones y funciones que el Constituyente ha reconocido a los poderes y órganos constitucionales.

⁵³ STC.Exp.0976-2001-PA/TC. F.j.5.

⁵⁴ STC.Exp.1124-2001-PA/TC. F.j.6.

El Tribunal Constitucional ha señalado que este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado⁵⁵.

Podemos apreciar que este principio interpretativo tiene marcada relevancia en la situación problemática objeto de nuestro trabajo. Así, hemos visto que quienes cuestionan el control difuso administrativo fundamentalmente consideran que el ejercicio del control difuso está reconocida como una competencia del juez y no de la Administración Pública, lo que significa que, cuando el Tribunal atribuyó dicha facultad a tribunales administrativos inobservó este principio interpretativo, y por otro lado sus defensores, señalan que sí debe ser reconocida como una interpretación extensiva de la disposición constitucional que reconoce dicho poder-deber o como un contenido implícito en la misma.

De ahí que, cuando exponemos nuestros argumentos respecto la interpretación extensiva de las disposiciones constitucionales, recurrimos, entre otras razones, a este principio que justamente condiciona la labor del intérprete, entendemos, con el objeto de salvaguardar la juridicidad de la Constitución.

2.2.5.4.4. Principio de Fuerza integradora. Este principio interpretativo relevante para nuestro trabajo postula que entre las distintas normas que se obtengan de la interpretación de las disposiciones de la Constitución se debe optar por aquella que propugne la convivencia armónica de los poderes constituidos, esto es, que se revele como una solución a los

⁵⁵ STC. Exp.Nº5156-2006-PA/TC; F.j.20.

problemas jurídico-constitucionales y que salvaguarde con ello la unidad de la Constitución.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que en atención al principio de función integradora, el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad⁵⁶. En otra sentencia precisó que: las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme⁵⁷.

Consideramos que el aporte de este principio a nuestra postura tiene que ver con la necesidad de que, la delimitación del ejercicio del control difuso, permita armonizar las relaciones de los poderes públicos y al mismo tiempo otorgar seguridad jurídica no sólo a las relaciones entre éstos sino también a sus relaciones con la sociedad; lo cual, creemos no ocurrió cuando el Tribunal Constitucional reconoció el control difuso administrativo, puesto que, lejos de contribuir con su deber de pacificación al resolver las controversias jurídico-constitucionales, generó controversias de alcance jurídico y político, al atribuir un poder trascendental en el Estado Constitucional, como lo es la aplicación del control difuso, a un órgano estatal al cual la Constitución no ha reconocido.

⁵⁶ Caso Exp.5854-2005-PA/TC , Caso Lizana Puelles. F.j.12.

⁵⁷ STC.Exp.0008-2003-PI/TC, f.j.5.

2.2.5.4.5. Principio de Concordancia práctica. Como es de recibo en la interpretación constitucional, en toda controversia de bienes jurídicos constitucionales, el conflicto es “aparente”, de manera que al arribar a una solución no se sacrifica uno de ellos para hacer prevalecer el otro, sino por el contrario ambos conservan su identidad bajo los límites que establece el intérprete en cada caso concreto, a partir del uso del principio de proporcionalidad o de la ponderación.

El intérprete constitucional supremo ha señalado que, en virtud a este principio, toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado⁵⁸.

En otros casos, el intérprete supremo, también ha precisado que, todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, de ahí que, ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica⁵⁹.

⁵⁸ STC. Exp.5854-2005-PA/TC Lizana Puelles, f.j.12.

⁵⁹ STC.Exp. 1797-2002-HD/TC. Caso Rodríguez Gutiérrez; Exp.1219-2003-HD/TC. Caso Nuevo Mundo Holding; y Exp. 2579-2003-HD/TC. Caso Arellano Serquén.

2.2.5.5. El intérprete de la Constitución. No es objeto propio de este trabajo dilucidar la conveniencia o no de la opción político-constitucional asumida por nuestro Poder Constituyente que en la Carta Magna de 1993 encargó a los órganos jurisdiccionales la defensa prevalente y vinculante de la Constitución; no obstante, no podemos dejar de advertir el permanente debate constitucional en torno a que, justamente este trascendental poder haya sido asumido por un órgano jurisdiccional (trátase de un órgano constitucionalmente autónomo como el Tribunal Constitucional, o del Tribunal Supremo, órgano máximo del Poder Judicial, como ocurre en Estados Unidos); situación que es puesta de manifiesto justamente cuando los tribunales deciden inaplicar una ley o anular una decisión del gobierno, para hacer prevalecer la Constitución⁶⁰, ante lo cual los representantes de los Poderes Ejecutivo y/o Legislativo cuestionan la conveniencia o no de seguir considerando al máximo tribunal de justicia constitucional como intérprete supremo de la Constitución⁶¹.

En la actualidad podemos constatar que, una de las formas de mantener una injerencia en el intérprete constitucional supremo es manipular la elección de sus integrantes o seleccionar al candidato de acuerdo a un perfil ideológico determinado. En el caso peruano es conocida la

⁶⁰ En Estados Unidos, luego que se emitiera la famosa sentencia *Marbury v. Madison* (1803), el Presidente Thomas Jefferson sostuvo que el Tribunal Supremo no tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución. Frente a la sentencia del caso *McCulloch v. Maryland* (1819), el Presidente Jackson señaló que, respetando sus ámbitos de ejercicio, los poderes pueden interpretar la Constitución de manera distinta y que ningún poder puede imponer su interpretación. El propio Abraham Lincoln, luego que el Tribunal Supremo emitiera la vergonzosa sentencia esclavista en el caso *Dred Scott*, consideró que la esclavitud es una cuestión política y no jurídica, por ello la interpretación del Tribunal Supremo no valía más que la del Congreso. En 1968, el candidato presidencial Richard Nixon aprovechó la decisión del caso *Miranda v. Arizona* (1966), para acusar que el Tribunal había invertido los roles en el sistema de persecución penal: *sospechar de la autoridad policial y proteger a los delincuentes*; y en 1974, el mismo Nixon volvió a insistir en que la interpretación que cada poder realice de la Constitución debe respetar la efectuada por los otros poderes.

⁶¹ Las posturas de los ex Presidentes estadounidenses que han cuestionado la autoridad del Tribunal Supremo se han identificado como la “*doctrina de la igual autoridad de los tres poderes del Estado, en la interpretación de la Constitución*”, como consecuencia del principio constitucional de separación de poderes.

cuestionada “repartija política” de los grupos parlamentarios del Congreso, para seleccionar a los miembros del Tribunal Constitucional, y respecto al Tribunal Supremo de Estados Unidos, el Presidente Trump ha hecho pública su voluntad de que se recomponga el Tribunal Supremo con jueces conservadores (para lo cual cuenta con el aval del Senado de mayoría republicana), con el manifiesto propósito de que se anulen, o al menos se revisen, decisiones trascendentales vinculadas a derechos humanos de homosexuales, pena de muerte y aborto⁶².

De manera que, sin perjuicio del inacabado debate político-constitucional sobre el máximo intérprete constitucional, y teniendo en cuenta los alcances de la interpretación de la Constitución, creemos que se requiere que el intérprete constitucional ostente capacidades, habilidades y destrezas que le permitan concretizar los principios, valores y bienes constitucionales en cada acto interpretativo. Como señala el profesor sanmarquino José Palomino Manchego⁶³, se requiere que el intérprete constitucional tenga un **grado de sensibilidad** para desarrollar la capacidad de traducir las grandes aspiraciones en fórmulas concretas y aplicables.

En la doctrina citada, se señala que el intérprete constitucional debe tener la capacidad de **comprender la Constitución** para lograr sabiduría en la interpretación constitucional y la mejor forma de lograr ello es someter todos los argumentos constitucionales y decisiones a un análisis

⁶² En su campaña presidencial indicó que propondría a jueces conservadores para revocar decisiones como el caso Roe v. Wade (que en 1973 constitucionalizó el derecho al aborto). A la fecha, ha logrado su primer propósito: el nombramiento de Neil Gorsuch (que en febrero de 2017 sustituyó al fallecido juez Scalia) y del juez Brett Kavanaugh (que en octubre de 2018 acaba de reemplazar al renunciante Juez Anthony Kennedy).

⁶³ En “**Interpretación Constitucional**”, Materiales de Enseñanza de la Academia de la Magistratura de Perú, Lima, 2000, p.32.

y críticas constantes, tanto sobre los términos del texto como en los términos de las tradiciones que se utiliza para construirlos⁶⁴.

Creemos que, esta exigencia es manifiesta cuando, mediante el control de constitucionalidad difuso, se trata de determinar si una ley es compatible o no con la Constitución y debe decidirse si la misma se aplica o no al caso que se debe resolver. El asunto parece más complejo cuando en nuestro sistema judicial, el juez que debe aplicar el control difuso, funcionalmente (en su amplia mayoría), no es un juez especializado en materia constitucional, sino que, en principio, es un juez especializado para resolver casos penales, civiles, laborales, de familia, etc., y por obvias razones su formación y capacitación está orientada a dichas temáticas. Ello significaría, de antemano, que no tiene el perfil profesional para ejercer un control de constitucionalidad, sin embargo, por el diseño del control judicial de constitucionalidad que ha fijado nuestra Constitución, se le ha impuesto el deber de ejercer el control de constitucionalidad al interior de cualquiera de los procesos y en las diversas materias que se le han atribuido bajo las reglas de la competencia.

Consideramos por ello que, conforme al diseño de nuestro sistema constitucional, el control judicial de constitucionalidad debe asumirse como una labor regular en el ejercicio funcional de todo Juez, pues como se ha señalado respecto al modelo estadounidense, el ejercicio de la *judicial review* es sobre todo una tarea jurídica ordinaria, en principio, nada diferente de interpretar normas o desarrollar alguna otra área de derecho⁶⁵.

⁶⁴ En “Interpretando la Constitución” ...; p.77.

⁶⁵ Mark Tushnet, “Constitucionalismo y Judicial Review” Palestra Editores, Lima, 2013, p.38 (del libro electrónico licenciado).

Lo expuesto plantea una exigencia mayor en nuestro intérprete judicial de la Constitución que debe afrontar la problemática de la *comprensión* de la Constitución y su interpretación adecuada, en relación a su perfil personal como profesional, el cual debe abordarse desde su formación y capacitación antes y durante el ejercicio de la función jurisdiccional, puesto que, el profesional abogado que, en nuestro sistema, asume la judicatura es formado bajo el parámetro de un sistema jurídico legalista, distinto al modelo judicialista norteamericano donde se ha desarrollado ponderadamente el ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Al respecto, Beltrán de Felipe y Gonzales García⁶⁶, al comparar el sistema judicial norteamericano con el español, sostienen que los jueces norteamericanos siempre han razonado de forma muy distinta a como razonan los jueces o los juristas europeos continentales. Nosotros creemos que esa tesis es aplicable a nuestros jueces, por la conocida influencia europea continental en el diseño de nuestro sistema jurídico.

Consideramos que, la problemática del intérprete judicial de la Constitución, se puede concretizar en ***cuál es su concepción de la Constitución para dar solución a una controversia jurídica***. De ahí que, por ejemplo, podrá adoptar una posición conservadora o activa frente a los contenidos constitucionales. Podría pensarse que las posiciones conservadoras ya no tienen cabida en los actuales Estados Constitucionales, sin embargo, como hemos reseñado, en Estados Unidos recientemente se han designado a dos jueces supremos de conocida tendencia conservadora⁶⁷ y el problema que representan es su apego al *textualismo* y al *originalismo* al momento de interpretar la Constitución; pero el problema también se puede advertir cuando el intérprete se desvela por un activismo que desborda los contenidos

⁶⁶ Ob.cit.; p.49.

⁶⁷ Neil Gorsuch y Brett Kavanaugh justamente fueron propuestos por el Presidente Trump y designados por el Senado, por su marcado perfil conservador.

constitucionales, por ello, creemos que la sensibilidad, capacidades y habilidades del intérprete constitucional deben encausarse dentro de un activismo que permite acercar el texto de la Constitución a la realidad y su dinámica cada vez más intensa en un mundo globalizado como el actual, esto es, un activismo que debe estar limitado por la Constitución y el conjunto de principios, derechos fundamentales, valores y bienes constitucionales que la integran.

2.2.5.6. Interpretación constitucional más allá del texto de la disposición interpretada. Un tema muy relevante en la interpretación constitucional es si el parámetro que antecede permite que el intérprete constitucional obtenga como significado constitucionalmente válido una norma distinta e incluso contraria al propio texto de la disposición constitucional objeto de interpretación. Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que sí es posible. Tenemos así que, respecto al art.154.2 de la Constitución, ha determinado que un Juez o Fiscal no ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura puede volver a postular para un nombramiento en dichos cargos, no obstante que, el citado dispositivo constitucional expresamente lo niega: “*los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público*”⁶⁸. Esta interpretación ha sido reconocida como constitucionalmente válida y legítima.

Más flagrante aún, es el caso del art.202.2 de la Carta Constitucional que establece que el recurso excepcional ante el TC en los procesos constitucionales de la libertad -hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento- sólo procede en caso de *resoluciones denegatorias* (recurso de agravio constitucional contra decisiones judiciales que declaran improcedente o infundada la demanda, como lo precisa el art.18 del Código Procesal Constitucional). Contrariamente al significado textual del término “**denegatorio**”, el intérprete supremo determinó que dicha

⁶⁸ Precedente vinculante STC.Exp.1333-2006–PA/TC

disposición constitucional comprendía también a las “*resoluciones estimatorias*”⁶⁹. Esta norma (interpretativa de la disposición citada) no se validó ni legitimó, porque posteriormente el mismo Tribunal la dejó sin efecto, a partir de respetar el significado textual de “*resolución denegatoria*”⁷⁰.

Sin embargo, entendemos que este ejercicio es excepcional y únicamente justificado en que las disposiciones de la Constitución se adapten a la realidad cambiante y dinámica, pero siempre bajo el amparo de los principios, valores, derechos y bienes constitucionales, los cuales siempre, incluso contrariando el texto de la disposición, deben orientar el significado normativo de las disposiciones constitucionales. De manera que, en este ejercicio, debe evitarse aquello que signifique imponer una interpretación favorable a la apreciación particular del intérprete constitucional y a los fines que persigue, soslayando los contenidos de la Constitución, pues muchas veces ocurre que el intérprete cree que la Constitución es exactamente lo que él quiere que sea, como lo advertía el Juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos Joseph Story, en 1845⁷¹.

Consideramos, por tanto, que puede efectuarse una interpretación constitucional que supere el alcance del texto de la disposición o que incluso contraría su literalidad, sin embargo, esta interpretación será constitucionalmente válida si es que no contraviene la naturaleza constitucional del objeto interpretado, cuyo contenido, alcance y significado debe ser determinado a partir de los contenidos de la Constitución. Éste debe ser el límite de la interpretación constitucional

⁶⁹ Precedente vinculante. STC. Exp.4853-2004-PA/TC.

⁷⁰ Precedente vinculante STC. Exp.3908-2007-PA/TC.

⁷¹ La cita está en “Interpretando la Constitución”... ; p.51.

del art.138 de la Constitución, al momento de dilucidar el titular del ejercicio del control de constitucionalidad difuso.

2.2.6. Los límites de interpretación del art.138 de la Constitución de 1993

Hesse señalaba que en realidad sólo puede hablarse de interpretación constitucional “cuando deba darse contestación a una pregunta de Derecho Constitucional que, a la luz de la Constitución, no ofrece una solución clara”⁷².

Como podemos constatar, el art. 138, segundo párrafo, de nuestra Constitución reconoce como un poder-deber de los jueces, la decisión de no aplicar una ley cuando ésta contravenga la norma fundamental.

Así, parecería que el asunto interpretativo no es complejo porque la Constitución sólo atribuye a los jueces, el poder-deber de inaplicar una ley que contravenga la Constitución. Entonces, la pregunta manifiesta es: ¿por qué los intérpretes supremos de la Constitución determinaron que dicha potestad constitucional también puede ser ejercida por otros órganos estatales no jurisdiccionales, como los tribunales adscritos al Poder Ejecutivo?.

Nuestras fuentes doctrinales señalan que es un error fundamental asumir que los problemas pesados de interpretación sólo ocurren cuando el texto de la disposición constitucional es vago o inusualmente ambiguo⁷³; porque claro, ante textos de meridiana claridad parece que no reviste complejidad determinar el significado y alcance de la disposición, sin embargo muchas veces la realidad cambiante y otras veces el protagonismo y activismo del intérprete constitucional pueden hacer de la claridad de un texto un asunto complejo.

⁷² La cita es de Enrique Alonso García en “La interpretación de la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; p.1.

⁷³ “Interpretando la Constitución”..., p.78.

2.2.6.1. ***Interpretación extensiva de la disposición constitucional que reconoce el control de constitucionalidad difuso.*** Como hemos revisado, el Tribunal Constitucional cuando estableció el precedente Salazar Yarlénque, así como los autores que secundan el llamado *control difuso administrativo*, recurren incluso a los principios interpretativos de unidad y concordancia para señalar que bajo una interpretación extensiva del art.138 de la Constitución apoyado en las disposiciones sobre supremacía constitucional (art.51) y el deber de defender la Constitución (art.38) debe concluirse en que a los tribunales de la Administración Pública también les corresponde el ejercicio del control difuso y que debe superarse aquella interpretación textual de la Constitución.

Dentro de los autores que acertadamente han contradicho estas razones, hemos destacado al profesor Castillo Córdova, sin embargo, también hemos apreciado que los cuestionamientos se han centrado en razones de *competencia constitucional*, esto es, que la Constitución no ha reconocido expresamente el ejercicio del control difuso a favor de los órganos de la Administración Pública adscritos al Poder Ejecutivo, como sí lo ha hecho a favor de los jueces.

Empero, como hemos advertido, esta situación puede superarse “a favor” de los partidarios del control difuso administrativo, con una modificación constitucional del Congreso de la República que, como depositario del *poder constituyente constituido*, puede terminar reconociendo dicha potestad, además, a otros órganos estatales que no ejercen poder jurisdiccional del Estado. Incluso, sin necesidad de la citada reforma, es constitucionalmente válido que una competencia no fijada expresamente por la Constitución sea reconocida por el Congreso, tal como lo ha reconocido nuestro intérprete privilegiado de

la Constitución⁷⁴, al referirse a la “doctrina de los poderes implícitos”, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE.UU.

Por ello, nuestro planteamiento pretende afianzar el carácter jurisdiccional del control de constitucionalidad difuso, a partir de una adecuada interpretación de las disposiciones constitucionales, y, en el entendido que los representantes al Congreso deben interpretar los derechos fundamentales, valores, principios y bienes constitucionales antes de formular una reforma constitucional de esa entidad, creemos que deben considerarse los límites de interpretación del art.138, que impiden reconocer el poder-deber de control difuso a órganos no jurisdiccionales del Estado.

Como podemos advertir, la pretensión de reconocer el control de constitucionalidad difuso a favor de órganos estatales no jurisdiccionales, supone que, como consecuencia de la interpretación constitucional, se debe obtener un significado constitucional distinto al texto del art.138, esto es, se debe reconocer que el poder-deber de ejercer el control de constitucionalidad difuso también corresponde a órganos estatales no jurisdiccionales (no obstante que la Constitución no lo reconoce expresamente); lo que significa que, mediante la interpretación de la Constitución debemos terminar atribuyendo el ejercicio de uno de los más trascendentales poderes dentro del Estado Constitucional: el poder de no aplicar una ley (cuando en principio existe el deber de hacerlo), a órganos estatales que la Constitución no atribuye.

Lo primero que podemos advertir es que, tratándose de una competencia constitucional de esa naturaleza, las razones jurídicas que la justifican no pueden circunscribirse al deber genérico de

⁷⁴ En la STC.Exp.0013-2002-PI/TC, f.j.1

defensa de la Constitución a que se refiere el art.38 ni en aquel que consagra la jerarquía normativa del ordenamiento presidida por la Constitución (art.51), pues estas disposiciones formalmente no reconocen competencia constitucional alguna.

Consideramos que, tratándose del ejercicio de una potestad constitucional tan trascendente, se requiere que exista una previsión del Constituyente, pues entendemos que el ejercicio de las principales potestades del Estado Constitucional, por las consecuencias jurídicas que ello acarrea, no pueden estar expuestas al albedrío o a la conveniencia de su ejercicio por algún estamento estatal o particular. Por ello, creemos que no tienen amparo aquellas razones impropias que se han invocado por quienes defienden el control difuso administrativo, como: *se trata de una institución “poco utilizada por los jueces”* o que *“la carga administrativa está presta a soportar su ejercicio”* (Francisco Morales Saravia), u otras razones que buscan ser más persuasivas, como aquella que dice que sólo de esa manera se puede alcanzar *la defensa efectiva de la eficacia normativa de la Constitución* (Claudia del Pozo Goicochea); sin embargo, las posturas que defienden la jurisdiccionalidad del control difuso, tampoco parecen muy prometedoras para afrontar el problema, en todo caso se muestran insuficientes, cuando circunscriben el problema a la previsión constitucional, algo que es más que manifiesto: el constituyente sólo ha reconocido dicha competencia a órganos jurisdiccionales.

Al respecto, estamos de acuerdo que, dado el carácter jurídico y la fuerza normativa de la Constitución, las competencias constitucionales fundamentales de los poderes y órganos estatales, estén fijadas por el Constituyente, o que de forma

constitucionalmente válida y a través de la interpretación, se puedan reconocer.

Así, el texto de la Constitución se impone como garantía del ejercicio del poder en el Estado Constitucional. Por lo demás, la parte orgánica de la Constitución representa uno de sus contenidos fundamentales, justamente para garantizar su ejercicio armónico con los derechos fundamentales, principios, valores y bienes que reconoce la Carta Magna. Por ello, estamos convencidos que, tratándose del reparto de las facultades, competencias y atribuciones que ha fijado el constituyente, el intérprete constitucional deberá tener una mayor reserva y cautela del texto de las disposiciones constitucionales que las reconocen. Adviértase que el principio interpretativo de **corrección funcional** exige que, a través de la interpretación constitucional, no se debe desvirtuar las atribuciones, competencias y prerrogativas que el Constituyente ha reconocido a los distintos órganos del Estado.

Convenimos en que, este asunto puede abordarse desde los postulados de Robert Alexy respecto a **lo constitucionalmente necesario** (aquello que está ordenado por la Constitución), **lo constitucionalmente imposible** (aquello que prohíbe) y **lo constitucionalmente posible** (aquello que para la Constitución no es necesario ni es imposible)⁷⁵. Así, diremos que un órgano estatal no puede ejercer una competencia que la Constitución prohíbe, y menos aún, el intérprete constitucional podrá por esta vía atribuir aquello que la Carta no le reconoce. Resulta particular aquello que es **constitucionalmente posible**, porque nos permite plantear la controversia a partir de estas interrogantes: *¿No estando ordenado ni*

⁷⁵ Del “**Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**” en “**Teoría de los derechos fundamentales**”; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p.519.

prohibido el ejercicio del control difuso para órganos no jurisdiccionales como los tribunales adscritos al Poder Ejecutivo, es posible concluir, mediante la interpretación constitucional, que válidamente puede ser ejercido por éstos?. O, ¿Una interpretación actual de la disposición constitucional del art.138 de la Constitución debe permitir reconocer el ejercicio de control difuso por órganos no jurisdiccionales del Estado, como los adscritos al Poder Ejecutivo ?. O, ¿Es posible que el contexto y las múltiples manifestaciones de la vida constitucional conlleven a concluir que aquello que no atribuyó el Constituyente al dar la Constitución, hoy sí puede atribuir el intérprete constitucional ?.

Creemos que, no.

Hemos indicado que, en efecto nuestro Tribunal Constitucional ha postulado que se debe distinguir el momento constituyente del momento de aplicación de la disposición constitucional, el que estaría condicionado por el contexto y sus múltiples manifestaciones en el plano social, cultural hasta *anímico*. Nosotros creemos que, en efecto, el intérprete constitucional no debe estar condicionado por una interpretación textual de las disposiciones constitucionales decantándose por los contornos de su literalidad o por la búsqueda de la intención original del constituyente, sino debe orientarse a un significado adecuado a la realidad cambiante y dinámica, sin embargo, ello no puede significar que el intérprete está autorizado para, no importando los alcances del texto, desnaturalizar el ejercicio de las atribuciones, facultades y poderes de los órganos del Estado. Así, por ejemplo, el intérprete no podría concluir que al Parlamento le corresponde declarar de manera vinculante y definitiva que una ley es constitucional o inconstitucional, cuando a este órgano estatal la Constitución le ha impuesto el poder de dar las leyes. Tampoco sería

una interpretación constitucionalmente válida aquella por la cual se determina que, al poder estatal que conforme a la Constitución le corresponde la administración del Estado y la ejecución de las leyes, el intérprete le reconozca que también le corresponde determinar la inconstitucionalidad de las leyes.

Consideramos que, tratándose del ejercicio de los poderes públicos fijados por la Constitución, existe lo que se conoce como *reserva de constitucionalidad*, de manera que el intérprete no puede determinar que las potestades pueden extenderse o compartirse, porque justamente aquella repartición tasada es la que permite asegurar un principio medular del Estado Constitucional: ***separación de poderes***, entendido como un sistema de equilibrio y distribución de poderes⁷⁶, el mismo que está insoslayablemente vinculado al principio de primacía de la persona humana y el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Creemos que, el escenario en que es admisible una interpretación distinta al texto expreso de la disposición constitucional, es cuando se trata de reconocer el ejercicio de derechos fundamentales respecto de lo cual los poderes públicos reconocidos expresamente resultan imponiendo limitaciones desproporcionadas o arbitrarias. Veamos el citado caso del art.154.2 de la Constitución donde el máximo intérprete emitió una norma interpretativa, con el carácter de precedente vinculante, contrario al texto expreso de dicha disposición constitucional. Como puede apreciarse, el Tribunal arribó a dicha decisión para amparar el ejercicio del derecho fundamental de acceso

⁷⁶ Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado “la existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura. STC.Exp.Nº023-2003-PI/TC; f.j.5.

a la magistratura, el cual se encuentra limitado por una restricción incongruente y desproporcionada, ya que se impide que un juez o fiscal no ratificado acceda al proceso de selección y nombramiento en dichos cargos, por una causa menos gravosa que aquella otra sobre la cual el texto constitucional no impide la postulación, como es una sanción disciplinaria de destitución.

De manera que, entendemos que, los límites al acto de otorgar un ***significado actual*** al texto de la disposición constitucional, que suponga contradecir el texto de una disposición o incorporar un contenido que no ha previsto el Constituyente, tiene que ver con la naturaleza del principio, derecho fundamental, valor o bien constitucional que es objeto de interpretación. En el caso del control de constitucionalidad difuso se trata de un poder-deber jurídico vinculado a la interpretación constitucional de la ley, dado que el poder para inaplicar una ley sólo puede considerarse como consecuencia de la interpretación jurídica.

Por supuesto que, en el Estado Constitucional todos los estamentos del Estado deben interpretar la ley y las disposiciones reglamentarias desde la Constitución, con mayor razón cuando les corresponde decidir controversias jurídicas que afectan a los derechos de los ciudadanos; empero, la interpretación que debe ser considerada como presupuesto del control difuso es aquella que se realiza en el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, dado el carácter definitivo y vinculante de la interpretación judicial, que justamente garantiza el principio de seguridad jurídica.

En armonía con ello, en nuestro ordenamiento se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art.139.3 de la Carta) que comprende el acceso a la justicia como el derecho a la ejecutabilidad

de la decisión judicial: no sólo que la controversia jurídicamente relevante sea resuelta por el juez sino que además se pueda ejecutar lo decidido, como correlato de ello, ningún poder público o particular puede desobedecer, desnaturalizar o desvirtuar los alcances de la decisión judicial (art.4 del Texto Único Ordenado del Poder Judicial).

De manera que, el tipo de interpretación jurídica que condiciona el ejercicio del control difuso, no es cualquier interpretación que se deba realizar en el ejercicio de las potestades públicas, sino que tiene que tratarse de aquella en que se determina la aplicación vinculante del Derecho, por lo que, el poder para decidir un asunto tan trascendente en el Estado Constitucional como es ***no aplicar una ley que se debe aplicar*** en la solución de una controversia jurídica, sólo puede ocurrir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Los órganos jurisdiccionales constituyen, orgánicamente, poderes constituidos en la Constitución, a quienes el Poder Constituyente les ha encomendado la protección de la Constitución o su defensa frente a la vulneración de los límites que la misma establece, pues desde Alexander Hamilton, en “El Federalista”, se ha considerado que la Constitución establece limitaciones a los poderes públicos y cuando justamente éstos excedan los poderes que se les ha reconocido o vulneran derechos fundamentales, mediante el control de constitucionalidad deben ser corregidos. Por esta razón, si consideramos que el control difuso cumple un rol de encausamiento del ejercicio de la potestad legislativa, esto es, como un mecanismo que pretende armonizar el ejercicio de la potestad legislativa con la Constitución y de cautelar las limitaciones que el Constituyente ha fijado, consecuentemente, no puede ser desnaturalizado y pretenderse que se ejerza en el ámbito funcional de otros órganos

estatales, esto es, que exceda el ámbito del Poder Jurisdiccional del Estado.

De ahí que, no puede, mediante la interpretación constitucional, atribuirse a distintos estamentos del Estado el ejercicio de una potestad que la Constitución no sólo no reconoce, sino que además no corresponde a la naturaleza del ejercicio de sus funciones. Esto es, dar como contenido normativo al art.138 de la Carta, que la Administración Pública puede ejercer control de constitucionalidad difuso, supone vulnerar la naturaleza de este poder-deber que sólo puede entenderse dentro del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado.

2.2.6.2. ***El control difuso como poder implícito de órganos no jurisdiccionales del Estado.*** Creemos que la exigencia de realizar una interpretación actual de las disposiciones de la Constitución es relevante cuando se trata de determinar si es posible atribuir una potestad pública a un órgano estatal que textualmente la Constitución no lo reconoce, pero que podría inferirse de una potestad pública reconocida expresamente.

Partimos de nuestro acuerdo con esta posibilidad y convenimos que esto se ampara en aquello que hemos invocado respecto al tratamiento de las competencias reconocidas por el Constituyente: ***lo constitucionalmente posible.***

Comprendemos que, el asunto estriba en determinar cuándo estamos ante una competencia implícita que el intérprete constitucional (en concreto el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo) debe atribuir a un poder público a pesar de no estar reconocida expresamente.

Lo primero que debemos señalar es que, la posibilidad de que se reconozcan poderes implícitos parte de la esencia misma de la Constitución: su carácter general y su pretensión de permanencia en el tiempo, capaz de sobrevivir a las distintas generaciones. El Tribunal Marshall sostuvo en el caso *McCulloch v. Maryland*⁷⁷, que la naturaleza misma de la Constitución exige que en ella sólo se establezcan las grandes líneas maestras y los objetivos fundamentales para la sociedad y que no puede pretenderse que en ella se enumeren detalladamente todas las competencias y atribuciones secundarias que podrían derivarse de los grandes poderes otorgados, pues de lo contrario sería tan prolija como una ley y apenas podría ser abarcada por el entendimiento humano.

El segundo aspecto que advertimos es que, la determinación de poderes implícitos tiene como presupuesto que la Constitución reconozca al órgano estatal una potestad expresa y nuclear, de la cual, mediante la interpretación, se pueden obtener poderes no reconocidos, lo cual se justifica en la necesidad de que se efective el ejercicio de aquella potestad que se ha reconocido expresamente. Como lo ha considerado el Tribunal Constitucional: a fin de no poner en riesgo el correcto y adecuado funcionamiento de los órganos constitucionales cuyas principales competencias han sido previstas expresamente en la Constitución⁷⁸.

Así, entendemos que, la potestad implícita sólo se entiende dentro del alcance de la potestad principal de donde se la obtiene. De manera que, entre potestad principal reconocida y potestad implícita tiene que existir una necesaria compatibilidad.

⁷⁷ La cita del texto de la sentencia, en “**Las sentencias básicas del Tribunal Supremo (...)**”; p.129.

⁷⁸ En la citada STC.Exp.0013-2002-PI/TC; f.j.1.

Entonces, preguntamos: *¿El ejercicio del control de constitucionalidad difuso puede resultar compatible con la potestad constitucional principal y expresamente reconocida que tiene el Parlamento de dar leyes?.*

O, *¿El ejercicio del control de constitucionalidad difuso puede resultar compatible con el poder público expreso y principal de administrar el Estado y ejecutar las leyes, que tiene el Poder Ejecutivo?.*

La respuesta en ambos casos, es negativa.

El ejercicio del control de constitucional difuso, que como hemos señalado constituye uno de los poderes más trascendentales en el Estado Constitucional, ha sido considerado por nuestro constituyente como una competencia constitucional expresamente reconocida a favor de los jueces.

Entonces, ante la insistencia, de que si bien está reconocida expresamente a favor de los jueces, nada obsta para que sea reconocida como un poder implícito a favor de otros órganos estatales, diremos que, para que sea una competencia implícita el presupuesto es que, a pesar de no estar prevista en la Constitución, el ejercicio de dicha potestad es inmanente a la función que determinado poder público cumple en el Estado Constitucional, esto es, debe obedecer a la naturaleza jurídica que le ha impuesto el Poder Constituyente. Ocurre, por ejemplo, en el caso de las jurisdicciones especiales (distintas al Poder Judicial ordinario) que la Constitución reconoce, tales como: la jurisdicción constitucional, arbitral, militar, electoral; a quienes expresamente el Constituyente no les atribuyó el control judicial de constitucionalidad, pero que sí se les

debe reconocer como poder implícito al ejercicio de un poder principal y expreso como es el ejercicio de la función jurisdiccional –que ejercen bajo los mismos principios y garantías que la Constitución reconoce expresamente para el Poder Judicial ordinario-. Sin embargo, no puede decirse lo mismo en el caso de la Administración Pública porque ésta no tiene atribuida la potestad jurisdiccional del Estado.

Conforme a razones que se amplían más adelante, diremos en esta parte que, el ejercicio del control difuso tiene una relación inmanente con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, mejor dicho, el control judicial de constitucionalidad necesariamente tiene como presupuesto, el ejercicio del poder constitucional para interpretar y aplicar el Derecho de forma vinculante y definitiva.

Consideramos que, ésta debe ser apreciada como una interpretación constitucionalmente adecuada del art.138 de la Constitución, respecto al ejercicio del control de constitucionalidad difuso, lo cual debería ser observado por los intérpretes de la Constitución como el Tribunal Constitucional, los jueces y el propio Congreso de la República.

2.2.7. Control Constitucional

La idea de control como un contenido del concepto de Constitución es un aspecto que se ha asumido de manera pacífica en la doctrina y teoría constitucional. Sin embargo, creemos que ello debe ser entendido como la necesidad de que los actos de los poderes públicos y de los privados encuentren su validez en su conformidad, en su fidelidad, con la Constitución.

En ese sentido, el control constitucional se explica en que al haberse consagrado a la Constitución como la norma fundamental del Estado, suprema del ordenamiento jurídico, entonces, se requiere establecer mecanismos que permitan salvaguardar esa fundamentalidad y supremacía, pues tanto en quienes detentan el poder como en quienes son sus destinatarios, no se puede garantizar propiamente un respeto o un sometimiento a los contenidos de la Constitución, pues como se dice en “El Federalista”: “Si los hombres fueran ángeles entonces no habría necesidad de la existencia de un gobierno. Y si los ángeles gobernarán a los hombres, los controles internos y externos del gobierno serían totalmente innecesarios”⁷⁹.

De manera que, el control constitucional resulta ser expresión de la fuerza normativa de la Constitución, así como garantía de su supremacía, y que en Estados como el nuestro resulta imperativo, porque el deber de defensa que señala el art.38 de la Carta Magna, es soslayado y lejos de la fidelidad que debe guardarse a la misma, es previsible que en el ejercicio del poder público, la Constitución sea vulnerada tanto en su aspecto formal como material, llegando muchas veces a ser tratada como un instrumento de fines políticos

⁷⁹ **Ensayo 51 de “El Federalista”** que Laurence H. Tribe y Michael C.Dorf le atribuyen a James Madison (En “**Interpretando la Constitución**”...; p.39), en cambio, en la edición del Fondo de Cultura Económica, México, 1982, la atribuye así: “Hamilton o Madison”.

particularizados para los ocasionales detentadores del poder⁸⁰, inclusive, tratándose de los particulares, es posible verificar que también éstos muestran resistencia a la eficacia de la Constitución en las relaciones *inter privados*⁸¹.

2.2.8. El control de constitucionalidad difuso

Consideramos que no podría explicarse la naturaleza jurídico-constitucional del control difuso, si no se revisa sus orígenes históricos y los fundamentos jurídicos que explican su adopción, los cuales planteamos en las líneas siguientes.

2.2.8.1. Punto de partida: el derecho inglés. Las fuentes históricas nos señalan que la ocupación romana de la isla británica duró cerca de cuatrocientos años (desde el año 43 con el emperador Claudio hasta el año 407 de nuestra era cristiana), sin embargo, si hay algo de lo cual los juristas británicos se enorgullecen es que, el derecho inglés en su formación tuvo una escasa influencia del derecho romano y que por el contrario, se caracteriza por una “continuidad histórica”, sin influencias extranjeras, ni rupturas, como ocurrió en sistemas jurídicos continentales; por ello consideran que el derecho inglés se desarrolló de manera autónoma, a lo largo de una evolución ininterrumpida y apegada invariablemente a los principios del *common law* y la *Equity*⁸².

En la construcción histórica de este sistema jurídico debe apreciarse que el territorio inglés se encontraba dividido en regiones ocupadas por celtas, sajones, anglos, jutos y daneses; de ahí que, cada una tenía su derecho propio, el cual, estaba formado por leyes de carácter

⁸⁰ Un caso que ilustra nuestra realidad ocurrió cuando el Congreso emitió la ley 26657 sobre interpretación auténtica del entonces art.112 de la Constitución, para posibilitar la re-reelección del entonces Presidente Alberto Fujimori.

⁸¹ Véase por ejemplo el caso Telefónica. STC. N°1124-2001-PA/TC, desarrollado como referente jurisprudencial en este trabajo.

⁸² Tal como lo cita la autora Marta Morineau, “Una introducción al common law”. UNAM, México, 2004, p.11

consuetudinario, y aunque entre estos derechos existieron rasgos comunes, también existieron discrepancias⁸³.

La conquista normanda en el año 1066, por Guillermo El Conquistador marca lo que consideramos como un hito trascendente en la configuración del derecho inglés y de su sistema de justicia, dado que dicho monarca logró unir los distintos reinos anglosajones e introdujo el sistema feudal, y al concentrar el gobierno, logró que la administración de justicia también se centralizara.

2.2.8.1.1. El common law inglés. El *common law* es el sistema de derecho que ha sido construido en Inglaterra principalmente por la acción de las Cortes reales de justicia, a partir de la conquista normanda⁸⁴. F.W.Maitland⁸⁵ considera que el *common law* tiene sus orígenes en las normas consuetudinarias de la Inglaterra anglosajona pero fue la conquista normanda de 1066 la que dio lugar a las medidas unificadoras como a las consultas judiciales, lo que transformó las leyes locales consuetudinarias del país en un sistema jurídico nacional, con su esencia en el *precedente*.

Este sistema jurídico se originó cuando, para la administración de justicia, el mismo Guillermo I estableció tres tribunales en la ciudad de Londres: *la Corte del Tesoro* para temas hacendarios, *la Corte del Banco del Rey* con jurisdicción civil y penal y el *Tribunal de Causas Comunes* con jurisdicción civil, los cuales según el autor Theodore Plucknett, quedaron perfectamente delineados para el reinado de Eduardo I (1272-

⁸³ Ob.cit.p.12.

⁸⁴ Así, lo considera René David y Camille Jauffret-Spinosi “Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, UNAM, México, 2010, p.207.

⁸⁵Citado por Robert.S. Barker en “El Precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos”, Grijley, Lima, 2014, p.22.

1307)⁸⁶, pero además –y ésta es para nuestra consideración la medida más trascendente en la configuración del *common law*–, el citado monarca puso en ejecución un sistema judicial que hoy podemos denominar “itinerante” cuando, como informa Cornelius J. Moynihan⁸⁷, envió recolectores de impuestos, censores y jueces de nombramiento real a todos los confines del país con la finalidad de establecer y hacer cumplir la autoridad real y la “justicia del Rey”, de manera que, como precisa Goldman Smith en su obra “Historia de Inglaterra”⁸⁸, los jueces reales “recorrían su circuito”, esto es, viajaban por las distintas localidades del país, conforme a lo que diríamos era un “plan de itinerancia”, donde resolvían los casos celebrando audiencias y emitían sus fallos en cada lugar, y luego regresaban periódicamente a sus “bases” en Westminster, donde se reunían con sus colegas y comparaban sus numerosas experiencias.

Entendemos que en esta época la legislación real era mínima, por lo que los jueces aplicaban el derecho consuetudinario de la localidad respectiva, por lo que cuando compartían sus experiencias y de manera informal debatían la resolución de sus casos, advertían que existían costumbres comunes en las distintas localidades, por lo que, como señala Robert Barker⁸⁹, los debates de los jueces dieron lugar a una uniformidad de normas consuetudinarias que fueron aceptadas por los jueces quienes lo aplicaban en sus fallos, así como también lo hacían sus demás colegas. La observancia de estas normas consuetudinarias se expandió por toda Inglaterra, siendo invocada y aplicada por los jueces del reino, dando lugar a un sistema jurídico reconocido como *common law*, al cual los normandos llamaban “la comuna ley”.

⁸⁶ Referenciado por Marta Morineau, ob.cit.p.15.

⁸⁷ Robert.S. Barker en Ob.cit., p.22.

⁸⁸ Robert.S. Barker en Ob.cit.; p.23.

⁸⁹ En Ob.cit.; p.23.

Una apreciación contemporánea del *common law*, desde la judicatura norteamericana, la hemos advertido en el juez del Tribunal Supremo Antonin Scalia⁹⁰, para quien el *common law* no es equivalente al derecho consuetudinario o un Derecho común o un reflejo de las prácticas del pueblo, sino constituye un Derecho desarrollado por los jueces y si bien en sus inicios las decisiones judiciales pueden haber sido exposiciones de las prácticas sociales generalmente aceptadas, en el Derecho anglosajón del siglo XIII ya se podía percibir la diferencia entre la costumbre y el *common law*, excepto en el caso de la doctrina del *stare decisis* que convertía a las decisiones judiciales en “costumbre”.

Por lo demás, convenimos en que el *common law* es expresión de un sistema jurídico construido a partir de decisiones judiciales que, entendemos, tuvo su mayor auge en la Inglaterra previa a la Revolución Gloriosa, antes de la adopción de la supremacía parlamentaria, donde los jueces incluso debían resolver sin la existencia de una disposición legislativa que regule las materias sometidas a su conocimiento por lo que su poder discrecional e independencia resultaba siendo más que relevante y a esta época justamente corresponde el reconocimiento de los jueces de una norma superior, un fundamento más allá de la ley o de la disposición real, lo que constituye el fundamento del control de constitucionalidad difuso.

2.2.8.1.2. La Equity. La autora Morineau señala que la jurisdicción de Equity surgió cuando en el siglo XIV los particulares no pudieron obtener justicia de los tribunales reales, por lo que empezaron a llevar sus quejas directamente al rey, quien dispuso que las resolviera el Canciller, instaurándose el Tribunal de Cancillería⁹¹. Lo que resulta relevante en

⁹⁰ Ob.cit.,p.64.

⁹¹ Ob.cit.p.17

esta parte es que, los cancilleres era personas a quienes por su idoneidad se les reconocía discrecionalidad para resolver los asuntos, a lo que debemos agregar que muchos de ellos fueron miembros de la Iglesia Católica, por lo que inevitablemente introdujeron contenidos del derecho canónico –vinculado al derecho romano-. La citada autora agrega que el Canciller para llegar a una decisión, debía tomar en cuentas las circunstancias especiales del caso, la intención más que la forma y procurar, además hacerlo en el menor tiempo posible (remedios de la Equity), por eso se considera que la Equity surgió como un sistema complementario al *common law*, para atender situaciones que éste no podía solucionar por su carácter rígido y formal⁹². De manera que, mientras el *common law* es un modelo jurisprudencial surgido de los tribunales reales, la Equity lo hizo desde el Tribunal de Cancillería, y ambos subsistieron de manera paralela hasta fines del s.XIX en que las Judicature Acts de 1873 y 1875 fusionaron los tribunales de Common law y de la Cancillería creándose la Suprema Corte de la Judicatura.

Para revelar el grado de trascendencia y vinculación de los modelos de Common law y Equity en el derecho inglés, Marta Morineau ha citado al jurista inglés Frederic William Maitland quien sostuvo: *“La Equity no fue un sistema autosuficiente ya que en cada instancia tuvo que presuponer la existencia del Common law, que sí lo fue. ... si la legislación hubiera pasado una ley diciendo “Equity queda abolida” hubiéramos seguido casi igual, aunque en algunos aspectos nuestro derecho hubiera sido bárbaro, injusto o absurdo. Pero, de cualquier modo, los derechos fundamentales, como el derecho a nuestra integridad personal y a nuestro buen nombre, la propiedad y la posesión, hubieran sido protegidos, y los contratos se hubieran cumplido. En cambio, si la legislatura hubiera dicho “el Common Law queda abolido”, esta ley, de ser obedecida, hubiera significado la*

⁹² Ob.cit.p.17.

*anarquía... La Equity, sin el Common Law, hubiera sido un castillo en el aire, un imposible.”*⁹³

2.2.8.1.3. La jurisprudencia en el derecho inglés. La jurisprudencia es la primera fuente del derecho inglés, identificada como “*case law*”, esto es, las decisiones emitidas por los tribunales de justicia en casos concretos y que a partir de la regla “*stare decisis*” vinculan obligatoriamente a que los tribunales respeten las decisiones que anteriormente han emitido otros jueces en casos similares (decisiones que han precedido a la decisión que se va a emitir). Así, conforme a nuestra referencia doctrinaria, el hecho de recurrir a ellos tiene por objeto reafirmar los principios jurídicos aplicables al asunto de que se trate, logrando, además, consistencia en sus fallos⁹⁴.

De esta manera, parecería que la regla del *stare decisis* condicionaba las decisiones posteriores de manera infranqueable, sin embargo, también se ha reconocido las restricciones que se aplicaban al citado principio y que se manifestaban cuando un caso era *diferenciable*.

Dentro de otros institutos del derecho inglés relevantes para explicar el surgimiento del control de constitucionalidad difuso, citaremos que la **ley** o “***statute law***”, que en principio proviene del Parlamento, tiene importancia reciente a partir de haberse instaurado la soberanía parlamentaria (1689) y que ha trascendido incluso respecto del Poder Judicial, tanto que la declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte de un juez actualmente no está reconocida, muy distante a las

⁹³ Ob.cit.p.19.

⁹⁴ Ob.cit.p.24.

sentencias del juez Coke que en 1608 consideraba que una ley que contraviene una norma superior, no debe aplicarse⁹⁵.

Resulta llamativo que el control difuso se adoptó y desarrollo, en Inglaterra, en la época en que la ley no era la fuente privilegiada de su sistema jurídico, y en cambio, cuando ya lo fue, con la soberanía parlamentaria, el control difuso se habría extinguido.

2.2.8.2. El Juez Sir Edward Coke y la trascendencia de su labor en la concepción del control difuso.

2.2.8.2.1. El Juez Coke y el control judicial sobre las decisiones del Rey. Alrededor de 1605, en Inglaterra ya se reconocía a los jueces del *common law*, el ejercicio del control judicial; empero, éste se manifestaba propiamente como control de las decisiones del Rey, lo cual se entiende porque en esta época aún no se pensaba en confrontar una ley del Parlamento con el *common law*, pues el Parlamento era símbolo de la resistencia y oposición de la comunidad a las pretensiones del Rey, para la salvaguarda de las libertades y derechos fundamentales que justamente se habían logrado desprender del monarca⁹⁶.

El profesor de la Universidad de Harvard, Arthur E. Suntherland⁹⁷, señala que en los tiempos de los Estuardo, el Parlamento inglés estaba alineado con elementos que se oponían al Monarca por lo que los tribunales prestaban escasa atención al conflicto entre una ley parlamentaria y una

⁹⁵ Antonin Scalia considera que hoy, los jueces en Inglaterra pueden ser considerados en cierto sentido como agentes del Poder Legislativo, debido que la Corte Suprema de Inglaterra es en teoría la Cámara de los Lores. Ob.cit. p.71.

⁹⁶ Cuyo punto resaltante en esta época, está marcada por un episodio histórico: en 1628 se emitió la “Petición de Derechos” que consagró la superioridad del Parlamento sobre el Rey Carlos I Estuardo.

⁹⁷En “De La Carta Magna a la Constitución Norteamericana”, TEA, editora Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1972, p.81.

ley superior, de manera que los jueces del *common law* se abocaban a hacer valer la supremacía parlamentaria sobre el poder real de “corregir”.

En 1606, el Rey Jacobo nombró a Sir Edward Coke en el cargo de Juez Supremo del Tribunal de Causas Comunes. Desde sus inicios como magistrado, Coke daba muestras de una gran “ingratitude con la realeza” cuando de la protección de derechos y defensa del *common law* se trataba, caracterizándose por la emisión de los muy reconocidos “Mandamientos Prohibitivos del Rey” que es una de las primeras muestras del control judicial de los actos del poder ejecutivo⁹⁸, no obstante ello, el Rey no se atrevía a anular dicha decisión o peor aún a dejar sin efecto la designación del juez Coke.

Para graficar esta relación vamos a citar un episodio del enfrentamiento del Juez Coke con el Rey Jacobo, en 1607, en relación a las “Prohibiciones del Rey”:

Coke le dijo al Rey que él no puede decidir ningún caso criminal, delito entre partes, herencia, sino que ello debe ser determinado y decidido en algún tribunal de justicia de acuerdo con la ley y las costumbres de Inglaterra”, a lo que el Rey le habría replicado **“la ley se funda en la razón, y él y otros poseían la facultad de razonar tanto como los jueces”**, y Coke, contestó: **pero el Rey no es versado en las leyes de Inglaterra. Las causas que conciernen a la vida, herencia, bienes o fortunas de sus súbditos, no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes que el hombre pueda alcanzar a conocerlo”. (...).**

⁹⁸Suntherland señala que esta doctrina del control judicial de las decisiones del Ejecutivo, fue invocada por la Corte Suprema de EE.UU., en 1952, en el caso de las Acerías, *Youngstown Shett and Tube Co. vs. Sawyer*.

Según los relatos de aquella famosa entrevista citada por el profesor Arthur Suntherland⁹⁹, el Rey Jacobo se había enfurecido tanto por los argumentos de Coke que incluso había amenazado con golpearlo.

En este escenario, resulta válida la pregunta: **¿por qué el Rey no anulaba los “mandamientos prohibitivos” o, simplemente, destituía al juez Coke?**

Arthur E. Suntherland nos señala que en esa época los jueces ostentaban una posición esencialmente ética, ante la cual el Rey vacilaba antes de obrar con razón¹⁰⁰. El autor Friedrich K. Juenger¹⁰¹ nos recuerda que una de las características que se ha reconocido al derecho anglosajón es el prestigio e independencia de sus jueces, lo que permitió establecer resguardos contra la tiranía.

Así, podemos advertir que el control judicial se configura en Inglaterra inicialmente como un control de los actos del Rey cuando éstos resultaban afectando derechos de los súbditos, y que fue reconocida propiamente como una potestad de los jueces cuyo respeto y consideración ética a su investidura, impedía que las decisiones que emitieran fueran ineficaces sino por el contrario, garantizaban su imposición al poder real.

De ahí que, como lo dan cuenta los singulares y trascendentes casos sobre control judicial de esa época, la prevalencia de la ley parlamentaria frente a la disposición del monarca y luego la primacía de una norma superior (*common law*) respecto de una ley parlamentaria, están

⁹⁹ Ob. Cit., p.82

¹⁰⁰ Ob.cit.,p.81

¹⁰¹ “**Dos culturas jurídicas**”, en “Derecho Constitucional Comparado EE.UU-México”, James Frank Smith (Coordinador), UNAM, 1ª Edición, México, 1990; p.20.

marcadas por la amplia discrecionalidad que se les reconocía a los jueces y por el respeto a su independencia.

2.2.8.2.2. Sir Edward Coke y el control judicial sobre las leyes del Parlamento inglés. En 1608 el Juez Coke resolvió el llamado Caso Calvin, en cuyos fundamentos estableció: *“La ley natural es la que Dios al tiempo de la creación de la naturaleza del hombre infundió en su corazón, para su preservación y gobierno; y ésta es la ley eterna, ley moral, ley escrita con el dedo de Dios en el corazón del hombre, por la cual se gobernó el pueblo de Dios antes que la ley fuese escrita por Moisés (...)”*¹⁰².

En 1610 el Juez Edward Coke conoce el famoso caso Bonham. Thomas Bonham era un médico egresado de la Universidad de Cambridge a quien el Colegio Médico de Londres le prohibió ejercer su profesión en dicha ciudad, citando una orden Real dictada por Enrique VIII y confirmada por el parlamento inglés, por lo que, ante la insistencia del médico en seguir ejerciendo como tal en Londres, no obstante las multas que se le impuso, fue puesto en prisión por orden del Colegio Médico de Londres. Bonham argumentó a su favor que por una norma aprobada por el mismo Enrique VIII, los médicos egresados de Cambridge y Oxford estaban exceptuados de ser controlados por el Colegio Médico de Londres. Coke resolvió a favor del médico Bonham, señalando en su sentencia: *“los libros del common law dicen que el common law objetará las leyes del Parlamento y algunas veces decidirá que son absolutamente írritas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho y a la razón común o incompatible con ello, o bien es imposible de ejecutar, el common law la objetará y determinará que la ley es nula”*.

¹⁰² Referenciado por Suntherland en Ob. Cit., p.86.

Resulta válido preguntarse **¿por qué se llegó a aceptar, por el Rey y el parlamento inglés, que el Juez Edward Coke podía desconocer la ley o las propias decisiones del Rey?**.

Creemos que la respuesta tiene que ver con el perfil personal del juez y la posición que asumió frente al poder del monarca, que demandó el respeto y consideración de éste, no obstante que de él emanaba su nombramiento y a la vez dependía su permanencia en el cargo. Sir Edward Coke fue nombrado juez por el rey Jacobo, sin embargo, evidenciaba ser una persona con gran personalidad para mostrar lo que hemos denominado “ingratitude” con quien lo nombraba, cuando debía interpretar y aplicar el derecho; pero no debemos perder de vista que, como hemos visto, los jueces eran personas a quienes se les reconocía una amplia discrecionalidad, por lo que el adecuado ejercicio de ésta podía revelar su buen juicio para resolver los problemas con relevancia jurídica, obteniendo lo que se conoce como legitimidad en el ejercicio del cargo, lo que a su vez, se traducían en respeto y consideración en la sociedad y en el monarca mismo, y ello puesto que, el rey nombraba como jueces a personas que por su trayectoria y experiencia eran personas muy idóneas y reconocidas, que habían adquirido un reconocimiento de la sociedad de la época muchos de los cuales eran cercanos a la propia Iglesia.

Otra pregunta que podemos plantearnos es: **¿por qué el juez Coke consideraba que existía una ley superior a las leyes del Parlamento o a las decisiones del monarca inglés?**.

El profesor Arthur Suntherland cree que tal vez Coke tenía la idea de que el Parlamento sólo declaraba la ley, no la creaba, porque concebía que el Derecho no debía ser alterado por la mera y arbitraria voluntad del gobierno, como no pueden alterarse los principios y conclusiones de las

matemáticas¹⁰³. Ahora bien, ese Derecho preexistente y fundante y que era invocado como parámetro de validez de la ley del parlamento y de las decisiones del monarca, es el *common law*, el derecho que mantenía los principios básicos de convivencia del pueblo inglés.

Al respecto resultan interesantes las apreciaciones del autor Walter Bagehot¹⁰⁴ quien señala que las cartas magnas tenían por objeto confirmar derechos antiguos o derechos que se querían reconocer como antiguos, más que leyes en sentido ordinario; por ello, refiriéndose a la Carta Magna de 1215, señala que ésta no transformó el derecho de impuesto en paladín de la libertad, porque la libertad existía antes y el derecho de votar los impuestos fue una consecuencia de ella y una prueba, pero no el fundamento, y la necesidad de consultar al Gran Consejo del Reino antes de acordar los impuestos era una doctrina primitiva. Incluso, el citado autor, identifica en el primer periodo de la Constitución Inglesa, que se inicia en la época anterior a los Tudores¹⁰⁵, **el derecho a oponerse a las leyes nuevas, para impedir que el rey tenga libertad de cambiar principios casi sagrados**, que preexistían en el derecho común del pueblo inglés.

2.2.8.3. La influencia inglesa en la adopción del control judicial de constitucionalidad, en Estados Unidos de América. En la emblemática sentencia Marbury vs Madison, John Marshall escribió¹⁰⁶: *El fundamento sobre el que se ha construido el sistema americano es el derecho originario del pueblo a establecer, para su gobierno futuro,*

¹⁰³Ob.cit., p.85.

¹⁰⁴ En “**La Constitución Inglesa**”, traducción de Adolfo Posada; Edición de la UNAM, México, 2005; p.215.

¹⁰⁵La Casa Tudor se inicia en 1485, luego que Enrique Tudor derrotara al último miembro de la Casa de York, Enrique III.

¹⁰⁶ La sentencia, en “**Las sentencias básicas del Tribunal Supremo...**”; p.116.

aquellos principios que considere más adecuados para obtener la felicidad. Autores como Rene David y Camile Jauffre-Spinosi nos recuerdan que la Constitución americana es la encarnación de la nación¹⁰⁷.

Apreciamos que, el significado que para los estadounidenses tiene su Constitución, tiene que ver con el rol trascendente que tuvo la misma en la fundación de la nación americana, ya que Estados Unidos representa el particular caso por el que: a partir de la unión de distintos Estados preexistentes, se pretendió ser una nación, cuando normalmente los Estados antes de ser tales, primero constituyen una nación.

En ese afán de constituirse en la gran nación americana, la Constitución ha tenido un papel trascendental y representó el punto de partida de la unión americana, a partir de lo que los padres fundadores expusieron: las líneas básicas de la convivencia y consagraron las aspiraciones a alcanzar por la nación americana; por eso, creemos que para Estados Unidos es aplicable el postulado que *la Constitución es la portadora de las aspiraciones de un pueblo*¹⁰⁸.

Así, podemos apreciar que, en su fundación como nación, los norteamericanos impusieron una norma jurídica por encima de la voluntad de los detentadores y destinatarios del poder, por eso como lo señala Jorge Mario García Laguardia¹⁰⁹ “a la supremacía de la voluntad de la mayoría se contrapuso la supremacía de la Constitución”. Es decir,

¹⁰⁷ Citado por Morineau, p.90.

¹⁰⁸ Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: **la Constitución expresa la autorrepresentación cultural de un pueblo y refleja sus aspiraciones como nación.** STC. Exp.0014-2003-PI/TC, f.j.2.

¹⁰⁹“**La influencia de la Constitución Americana en el constitucionalismo norteamericano**” en “La Constitución Norteamericana y su Influencia en Latinoamérica (200 años 1787-1987)”, CAPEL, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1ª Edic., San José de Costa Rica, 1987, p.22. El autor utiliza como término de comparación el pensamiento europeo, sobretudo el francés, de marcada influencia en nuestro Ordenamiento, que se basaba en la idea de que el grado de libertad de un país era siempre inversamente proporcional al grado de autoridad del gobierno, lo que llevaba a balancear las dos exigencias en un justo medio mecánicamente determinado entre la anarquía y el autoritarismo.

contrariamente a aquellos Estados que se instauraron consagrando a un poder soberano que radicaba en el Parlamento o en el Ejecutivo, los norteamericanos sometieron todos sus poderes a su Constitución.

Partiendo de ello, en relación al control judicial de constitucionalidad, advertimos, que los estadounidenses tomaron la influencia inglesa correspondiente al periodo del Juez Edward Coke y antes de la adopción de la supremacía parlamentaria de 1689, que postulaba el sometimiento de los poderes a la ley, pues si bien la Constitución americana proclamaba su supremacía normativa, sin embargo, fueron los jueces y en concreto, el Tribunal Supremo, el que impuso la supremacía de la Constitución y su aplicación directa y prevalente frente a los actos del ejecutivo y las leyes del Congreso¹¹⁰.

Así, creemos que, muy distante del “poder débil” o “poder nulo” con que Montesquieu calificaba al Poder Judicial, los estadounidenses convirtieron a su Poder Judicial en un gran poder político, pues más allá de las características propias de todo Poder Judicial, concedieron a sus jueces el poder de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes¹¹¹, lo que trajo como consecuencia que si un juez encontraba que una ley era incompatible con la Constitución, entonces no la aplicaba, e igualmente, si consideraba que una decisión del gobierno vulnera la Constitución, decidía anular la misma. Por supuesto que, el ejercicio de este poder tiene trascendencia política dentro del Estado Constitucional, pues se trata, por un lado, de no aplicar una ley, esto es, no aplicar la obra principal del Poder Legislativo y por otro, de privar los efectos de las decisiones del Ejecutivo, nada menos que otro

¹¹⁰ María Ángeles Ahumada Ruiz señala que con frecuencia se olvida lo irrelevante y vulnerable que fue el Tribunal Supremo (y el poder judicial federal) en la primera época y hasta qué punto fue enorme el logro del Tribunal Marshall al hacerse un lugar entre los poderes de la Federación; en **“Marbury vs Madison doscientos años (y más) después”**. En Revista Fundamentos N°04 (págs.109-148), 2006, Junta General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, Asturias, España; p.120.

¹¹¹ Así lo sostiene Alexis de Tocqueville, en **“La Democracia en América”**, Edit.SARPE, Madrid, España, 1984, Traducción cedida por Alianza Editorial S.A., Tomo I, p.109.

poder del Estado, en un país que es ejemplo del modelo de gobierno presidencialista.

Ahora bien, ¿cómo se explica la influencia inglesa en la adopción del modelo difuso de control constitucional, en Estados Unidos?

Como hemos visto, en la Inglaterra de inicios del siglo XVII se reconocía el poder de los jueces para confrontar los actos del Ejecutivo, como las leyes del parlamento, frente a una norma superior, siendo este el escenario histórico en el que convivían los ingleses que emigraron a colonizar los territorios americanos.

Esta comprensión de la existencia de leyes superiores a las emanadas por los poderes públicos, es la que los emigrantes trasladaron a las nuevas colonias americanas, pues adviértase que posteriormente, en Inglaterra, como consecuencia de la Revolución Gloriosa de 1689 se consagró la supremacía del Parlamento en cuyo escenario obviamente el control judicial sobre las leyes y decisiones políticas ya no pudo desarrollarse¹¹², pero ello ocurrió, felizmente, en tiempos posteriores a la emigración y que conforme lo ha demostrado la historia no llegó a afectar una institución jurídica tan esencial como es el control de los jueces sobre las leyes que eran incompatibles con la Constitución, la misma que ya se había asentado en la administración de justicia de las primeras colonias norteamericanas.

En relación al contexto político que, creemos, propició la adopción y desarrollo de este mecanismo constitucional, el profesor de la Universidad de Harvard, Mark Tushnet¹¹³, nos recuerda que la

¹¹² Robert S. Barker, señala que la Revolución Inglesa de 1689 puso fin al control judicial de constitucionalidad en Inglaterra; en **“El Precedente y su significado...”**; p.45.

¹¹³ En Ob.cit., p.35 (de la edición electrónica adquirida)

supremacía parlamentaria, es decir, la idea de que el legislativo podía hacer todo lo que eligiese, fue una de las causas de la insatisfacción de los colonos con el trato que recibían de Gran Bretaña, por lo que luego de la independencia, los Estados crearon su propia Constitución que contenía restricciones al poder del gobierno.

Alexis de Tocqueville¹¹⁴ resalta la influencia de este punto de partida en el futuro de los Estados Unidos, lo cual dice, tiene que ver con los caracteres de los primeros emigrantes que lo conformaron, quienes tenían el carácter nacional ya bien definido y si bien podían diferir unos de otros en muchos aspectos, sin embargo, tenían rasgos comunes fuertes, como el lenguaje y ostentaban nociones de derechos y principios de verdadera libertad mayores a las de otros pueblos de Europa. Así mismo, la idea de gobierno municipal, germen de las instituciones libres, había penetrado ya en las costumbres inglesas y con él el dogma de la soberanía del pueblo introducido a partir de la monarquía de los Tudor, en Inglaterra.

Los documentos históricos revelan que Virginia recibió la primera colonia inglesa, sin embargo Tocqueville¹¹⁵, nos indica que fue en las colonias inglesas del norte, conocidas como Estados de la Nueva Inglaterra donde se llegaron a combinar las dos o tres ideas principales que hoy día forman las bases de la teoría social de los Estados Unidos. Los inmigrantes que arribaron a Nueva Inglaterra pertenecían a las clases acomodadas de la madre patria, con educación avanzada y con admirables recursos de orden y moralidad, que tenían una posición envidiable y que no salieron de su país en busca de riquezas, esto es, fueron a quienes llamaron miembros del “*puritanismo*” que no sólo se identificaba como una secta religiosa sino estaba vinculado a las ideas

¹¹⁴Ob.cit.; p.47.

¹¹⁵Ob.cit.; p.50.

democráticas y republicanas más radicales y que en Inglaterra les generó adversarios políticos, por lo que se embarcaron en la búsqueda de una nueva tierra donde pudieran ejercer sus libertades políticas y religiosas.

El desinterés del gobierno inglés en la forma como se organizaron las colonias en Norteamérica, hizo que Nueva Inglaterra sobretodo, se organizara libremente bajo los postulados de democracia y de libertad interior más independencia política, lo cual fue una de las causas principales de la prosperidad de las colonias inglesas, como lo recuerda Tocqueville¹¹⁶.

Así, podemos considerar que los jueces de los primeros Estados americanos se vieron influenciados por el criterio de aquéllos jueces ingleses que reconocían la existencia de normas jurídicas superiores a las que emanaban de la autoridad real y del Parlamento, pero mejor aún, adoptaron un mecanismo de esta salvaguarda normativa y decidieron que la inaplicación de la ley o la ineficacia de un acto del gobierno, se realice de manera directa en la solución de casos concretos sometidos a la decisión de cualquier juez de los Estados Unidos, sin necesidad de que previamente se realice un cuestionamiento formal a la validez de la ley o del acto ejecutivo, o se recurra al órgano legislativo o del gobierno a fin de requerir pronunciamiento alguno, esto es, la disconformidad de la ley con la Constitución no tenía que significar el que se deje de resolver el caso, sino por el contrario, el caso debía, con mayor razón, resolverse de conformidad con la Constitución.

De ahí que, desde sus inicios, en el derecho americano fluyó en la administración de justicia aquello que, creemos, era una regla de actuación no escrita, propia del *common law* y traída por los inmigrantes ingleses: que en todo proceso judicial se decida la inaplicación de la ley

¹¹⁶ Ob.cit. p.54.

que resulte contraria a la Constitución. Así lo confirman incluso los jueces del propio Tribunal Supremo, como es el caso del Juez Joseph Story¹¹⁷ (juez en periodo 1811-1845), quien señaló: *“El principio universal (y la práctica lo ha confirmado) ha sido que el common law constituye nuestra partida de nacimiento y la herencia que nuestros antepasados trajeron consigo al emigrar, derecho que era aplicable a su situación. La estructura total de nuestro Derecho actual, se basa en los fundamentos primigenios del common law”*.

Esta apreciación se refuerza con el hecho de que en esta etapa del siglo XVII, el derecho de las colonias era incipiente, arcaico y que como lo señala la autora Morineau estaba inspirado inclusive en la Biblia, por lo que – y esto nos resulta muy importante- su aplicación estaba librada a la amplia discrecionalidad de los jueces¹¹⁸. Por ello, consideramos que en ese espacio de discrecionalidad, adoptaron y desarrollaron aquél mecanismo traído con el *common law*, para cautelar la supremacía de la Constitución frente a una ley o alguna decisión ejecutiva que la contravenga, y ello pudo ser posible porque el juez no asumió un simple rol de ser la boca de la ley sino que sometió a ésta, a un juicio de compatibilidad y coherencia frente a principios, valores, derechos fundamentales y bienes jurídicos que se reconocen en una norma superior y fundante del ordenamiento jurídico como es la Constitución, arrogándose la postura de un juez que actúa bajo los postulados de la Constitución antes que ser un juez que únicamente se guía por la ley, en la solución de un caso concreto.

Ahora bien, la influencia inglesa en la adopción de la revisión judicial, empero, tenía que encuadrarse dentro de la estructura y distribución del ejercicio del poder que diseñó la Constitución americana, propiamente, la

¹¹⁷Lo cita Robert S. Barker en *“El Precedente y su significado ...”*; p.26.

¹¹⁸ Ob.cit.73

separación de poderes, pues como algunos autores lo advierten¹¹⁹: *la doctrina de la separación de poderes es incompatible con la idea de que una rama del gobierno pueda interferir con los deberes de las otras invadiendo sus actos*” y otros han considerado que el ejercicio del control difuso supone una *usurpación por parte de los jueces del poder de declarar las leyes inconstitucionales*¹²⁰; y es que, claro, el Poder Judicial había sido reconocido como un Poder del Estado, sin embargo, la revisión judicial supone un control sobre la obra privilegiada de otro Poder del Estado como es el Legislativo o sobre una decisión del Poder Ejecutivo, que acarrea como consecuencia que dichas decisiones de ser declaradas incompatibles con la Constitución, se decide su inaplicación a la solución de un caso concreto.

Así, la revisión judicial terminó siendo, en Estados Unidos, un mecanismo de frenos y contrapesos entre los poderes del Estado, propiamente del Poder Judicial frente al Legislativo y el Ejecutivo, por lo que, citando la doctrina de *controles intra órganos* de Loewenstein diremos, que se configuró como expresión del control entre órganos del Estado para garantizar el equilibrio de poderes en un Estado Constitucional de Derecho y ello fue posible porque este atributo de los jueces americanos está protegida por la garantía constitucional de independencia en el ejercicio de sus funciones, lo que por un lado lo ha convertido en real Poder del Estado, fuerte institucionalmente y con legitimidad ante la sociedad americana – muy distante de otros países-, y por otro lado, ha asegurado que el poder político no persiga o sancione a aquellos jueces por su decisión de no aplicar una ley o anular un acto ejecutivo, no obstante que ambos son expresiones de la voluntad popular, a través de

¹¹⁹ David S. Clark en “**La revisión judicial y la independencia del Poder Judicial**”, en “Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos”... ; p. 373.

¹²⁰ Marian Ruiz Ahumada citando el trabajo de S. Douglas Gerber; Ob.cit.p.130.

la representación política que recae en los miembros del Congreso y del propio Ejecutivo.

2.2.8.4. La trascendencia de “El Federalista” en la instauración de la judicial review, en Estados Unidos. En el número LXXVIII de “El Federalista” Alexander Hamilton, parafraseando a Montesquieu, señala que *“(incontestablemente) el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder, que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquéllos...”*¹²¹. Estas apreciaciones resultarían incongruentes cuando más adelante, en el mismo ensayo, Hamilton atribuye a los jueces la condición de “baluartes” de una Constitución limitada, esto es, garantes de las limitaciones que tienen los poderes políticos, para no contrariar el sentido de la Constitución.

Pareciera que Hamilton coincide con Montesquieu en que el judicial es el poder más débil frente a los otros dos (Ejecutivo y legislativo), lo cual llevaría a cuestionar por qué ante tal aseveración se termina por reconocer que los jueces tienen el poder de declarar la nulidad de las leyes que emite el Legislativo, sin embargo, podemos advertir que la explicación tiene que ver con el objeto del ensayo LXXVIII, el cual, como puede apreciarse, se expone para justificar las razones por las cuales los jueces deben tener estabilidad en la función que ejercen frente a los otros poderes. Por ello, creemos que la referencia a la “debilidad del departamento judicial” tiene que ver con una apreciación orgánica del poder judicial frente a los otros poderes del Estado, a partir del cual justamente se buscó resaltar el papel de los jueces frente a la Constitución y por tanto la necesidad de asegurar su independencia. En

¹²¹ “**El Federalista los ochenta y cinco ensayos que Hamilton, Madison y Jay escribieron en apoyo a la constitución norteamericana**”, Fondo de Cultura Económica, 1ª Edición en español, 3ª reimpresión, México D.F., 1982; p. 331.

esta parte es importante recordar la cita que hicimos de la autora Ahumada Ruiz cuando señala que, en los inicios de la Federación, no se pensaba en poner al Poder Judicial en el mismo nivel de actuación que los otros Poderes del Estado, empero fue la actuación de los jueces del Tribunal Supremo quienes lo pusieron en el lugar que hoy se les reconoce.

Volviendo a “El Federalista”, el punto de partida en el razonamiento de Hamilton es considerar que los jueces tienen el deber de limitar el ejercicio del poder legislativo, cuando éste se ejerce contrariando el sentido de la Constitución, lo cual se va a materializar declarando la **nulidad de los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución**. Por ello, Hamilton remarca que “La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada”¹²², atribuyendo esta cualidad a la Constitución porque establece prohibiciones (limitaciones) a la autoridad legislativa y cuya extralimitación debe ser controlada por un juez que deberá declarar la nulidad del acto legislativo que contravenga el contenido constitucional.

Ahora bien, un aspecto importante en la argumentación del citado Padre Fundador son las razones que se exponen respecto al por qué le corresponde al juez determinar la conformidad de la Constitución con las leyes. Y creemos que es el punto medular en la dilucidación del problema planteado en nuestro trabajo: **Hamilton considera que dicha tarea es propia del Juez porque a éste le corresponde la interpretación de las leyes y la Constitución es una ley**, la ley fundamental del Estado. De manera que, en esa labor interpretativa de determinar el significado de las leyes ordinarias a la luz del significado de las disposiciones de la ley fundamental, si se encontrara una discordancia entre ambas, deberá

¹²² Ob.cit.p.331

preferirse a ésta que es la que posee “*fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios*”¹²³.

Advierte Hamilton que, lo expuesto no supone la superioridad del poder judicial respecto del legislativo, sino que “Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que **donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben gobernarse por la última de preferencia a las primeras.** Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”¹²⁴.

Podemos apreciar que la argumentación planteada por Hamilton hace referencia a la relación entre poder constituyente y poder constituido -o en palabras de Hamilton, entre mandante y mandatario- de manera que el poder del legislativo como el judicial, dada su condición de poderes constituidos, no pueden sobreponerse a la fuente del poder de ambos: la voluntad del pueblo consagrada en la Constitución¹²⁵.

2.2.8.5. El Tribunal Supremo de EE.UU. y el enmarcamiento de la judicial review. No solo para los países de tradición judicialista sino también para aquellos que se instauraron bajo los principios del sistema de *civil law*, la decisión en el caso *Marbury vs. Madison*, por el Tribunal Supremo presidido por John Marshall, en 1803, se ha constituido en el punto de partida para el estudio del control judicial de constitucionalidad

¹²³Ob.cit.p.332.

¹²⁴ Ob.cit.p.332.

¹²⁵ Respecto a la relación de poderes constituidos y la Constitución, es interesante las paradojas que se planteó el Tribunal Constitucional peruano cuando se le demandó que declare la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 (STC.Exp.0014-2003-PI/TC): ¿Cómo y bajo qué parámetro normativo, un poder constituido podría declarar la inconstitucionalidad de la norma fundamental de donde provienen sus atribuciones y competencias?.

de las leyes¹²⁶. Por ello es necesario efectuar un análisis tanto jurídico como político de los acontecimientos que dieron lugar a tan influyente decisión.

El escenario de los hechos nos remonta al 27 de febrero de 1801, en las postrimerías del gobierno del presidente estadounidense John Adams, quien antes de entregar el poder al vencedor Thomas Jefferson, nombró a cuarenta y dos jueces de paz en los condados de Columbia y Alejandría, designaciones que fueron aprobadas por el Senado americano el 03 de marzo de 1801 y que luego de ser firmadas por el Presidente Adams e impreso el sello de los Estados Unidos por el Secretario de Estado, debieron ser entregados a sus respectivos interesados, lo cual no llegó a ocurrir al menos para el caso de William Marbury y cuatro beneficiarios más, cuyos nombramientos al día siguiente, aún permanecían sobre el Despacho del flamante nuevo Secretario de Estado, James Madison, quien se negó a entregarlos. Como se puede advertir un asunto de normal trámite administrativo desencadenó en un conflicto político y judicial entre el gobierno republicano de Jefferson y los jueces nombrados por el federalista Adams, quien habría pretendido mantener determinadas cuotas de poder en el sistema de justicia, ante la inminente asunción del nuevo Presidente.

Otro aspecto que resulta interesante en la discusión del caso han sido las circunstancias que rodearon al principal protagonista: John Marshall. Como lo señalamos, para 1800 el Poder Judicial estadounidense no gozaba del prestigio que hoy se le reconoce, por ello cuando Oliver

¹²⁶ La sentencia en el caso Marbury se ha instituido en el emblema del Tribunal Supremo y de toda la judicatura norteamericana, y es invocado sobre todo cuando hay la necesidad de recordar a los demás poderes del Estado, la autoridad del Tribunal Supremo como intérprete supremo de la Constitución. Más de doscientos años después, nuestro Tribunal Constitucional también lo sigue invocando para sustentar el poder-deber de controlar la constitucionalidad de las leyes (véase por ejemplo, STC.1680-2005-PA/TC, f.j.2).

Ellsworth en diciembre de ese año, renuncia al cargo de Presidente del Tribunal Supremo, John Jay¹²⁷ no acepta la designación del Presidente John Adams, y éste tiene que recurrir a su entonces Secretario de Estado John Marshall, el mismo que había adquirido no sólo una buena reputación sino también había ganado una posición política por su papel como Delegado de George Washington ante Francia en 1797 para negociar el apoyo en la guerra contra los ingleses.

El 27 de enero de 1801 el Congreso americano ratifica la designación de Marshall y éste toma posesión de cargo el 04 de febrero de ese año, sin embargo, continúa desempeñándose como Secretario de Estado hasta la asunción de Thomas Jefferson como Presidente, el 04 de marzo de 1801. Es en este interregno donde transcurren a nuestro entender, los acontecimientos políticos más determinantes en la resolución del caso, puesto que, como advertimos, la designación de William Marbury ocurrió el 27 de febrero de 1801 y fue ratificada por el Congreso el 03 de marzo de 1801, cuando Marshall ya era Presidente del Tribunal Supremo pero también se desempeñaba como Secretario de Estado, en cuya condición le correspondía formalizar las designaciones con el asiento del sello de los Estados Unidos, lo cual tenía que ocurrir urgentemente porque al día siguiente (el 04 de marzo de 1801) asumía como Presidente Tomas Jefferson y su nuevo Secretario de Estado, James Madison. Las designaciones de los jueces de paz no se formalizaron, por lo que se promovió ante el Tribunal Supremo presidido por John Marshall, el más famoso caso de la judicatura estadounidense.

En el análisis jurídico de la sentencia, el Tribunal fija tres aspectos a ser dilucidados: **a)** la validez del nombramiento del cargo de juez de paz de William Marbury, **b)** La existencia de un mecanismo de protección al

¹²⁷Jay había sido Presidente del Tribunal Supremo en periodo 1789-1795, y es recordado por la coautoría de “El Federalista” junto a Hamilton y Madison.

nombramiento y la naturaleza del mismo; y, **c)** la competencia del Tribunal Supremo para aceptar el *mandamus* dirigido por el demandante al amparo de la Judiciary Act. Sobre el primer punto, el Tribunal reconoce la validez del nombramiento como correlato de la facultad constitucional que le asiste al Presidente conforme al artículo 21 de la Constitución, y al hecho que el nombramiento fue consentido y aprobado por el Senado y quedó perfeccionado con la firma del nombramiento escrito por el Presidente, y por tanto al demandante le asiste el derecho a la entrega del citado nombramiento. En ese sentido, argumenta el Tribunal, le asiste a William Marbury el derecho a requerir la tutela para la entrega del nombramiento ya que esto no es un acto de discrecionalidad del funcionario de gobierno, sino es el solo cumplimiento de un deber específico que ha fijado la ley; siendo el *mandamus* el mecanismo de recurrencia con el cual se busca la ejecución de un acto específico que es de competencia y deber del funcionario.

Es el tercer aspecto de la controversia, el que determina la aplicación del control judicial de constitucionalidad, ya que frente a la disposición de la *Judiciary Act* para que el Tribunal Supremo expida un *mandamus* a un funcionario público a fin de que cumpla un deber impuesto por ley, el Tribunal señala que dicha disposición no es constitucional ya que la Constitución les concede dos tipos de jurisdicción una *originaria* para conocer los casos que afecten a Embajadores, otros ministros públicos y Cónsules y aquellos en que un Estado sea parte, y una *jurisdicción apelada* para los demás casos; no correspondiéndole al Poder Legislativo la facultad de asignar jurisdicción original a la Corte en casos distintos a los que se indican en la Constitución, y ello por cuanto, razona Marshall, cuando una norma dictada por el Congreso entra en colisión con una norma constitucional, la primera deja de ser válida, pues lo contrario supondría que el Congreso puede modificar la Constitución cuando dicta una ley, lo cual resulta insostenible porque el Congreso está

limitado por la Constitución dado que ésta es la ley suprema y por tanto, concluye, en que una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

Advertimos que, la *ratio decidendi* de la sentencia está influenciada por los ensayos de Alexander Hamilton en “El Federalista”, más allá que no haya una cita referencial al respecto, no obstante que los *papeles federalistas* se publicaron en 1788, y en cambio, en la sentencia sí se hayan citado libros de autoridad como los *Comentarios de Blackstone* o la jurisprudencia de los tribunales del *common law*. Más allá de ello, lo trascendente de la sentencia es que teniendo el parámetro de la Constitución y el mandato de los constituyentes de que *los jueces están obligados* a observarla (art.6 inc. 2), consideramos que el mérito del Tribunal Marshall está en la capacidad argumentativa para establecer que los jueces tienen el poder para determinar si una ley es o no compatible con la Constitución, imponiendo la prevalencia de ésta sobre cualquier disposición legislativa que afectara su contenido.

En la sentencia, advertimos que el punto relevante en la decisión es cuando se determina que la base jurídica que permite ejercer el control judicial para inaplicar una ley que contraviene la Constitución es la **interpretación jurídica** y el **poder** que tiene el juez para ejercerla: “**El poder de interpretar la ley (...) necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución (...)**”. Así, el Tribunal llegó a determinar que el mandato constitucional de la supremacía, se efectivizaba a través de la decisión de un juez a quien le corresponde la interpretación de la ley que implica a su vez el poder de determinar si la ley es o no conforme a la Constitución. Además, consideramos que en la célebre sentencia se estableció y se dio contenido a un mecanismo procedimental para efectivizar dicho poder-

deber¹²⁸: en un caso concreto, con efectos para el propio caso y respecto del cual la ley resultaba siendo nula.

2.2.9. Control difuso: Naturaleza Jurídica

2.2.9.1. Es un poder jurídico. Que un juez, representante del Poder Judicial del Estado tenga la potestad de no aplicar una ley vigente emanada del Parlamento del propio Estado, no es propiamente, una situación pacífica, sino por el contrario, es un ejercicio de poder con manifiestas consecuencias de orden jurídico-político ya que supone soslayar la eficacia de una norma jurídica, por lo demás, la obra emblemática del Parlamento: la ley. Por eso, uno de los cuestionamientos relevantes a esta potestad judicial es aquél que lo enfrenta con uno de los principios medulares del Estado Constitucional: la democracia¹²⁹.

Lo primero que debemos decir es que, el ejercicio de este acto de control de constitucionalidad no es un acto político, no obstante que, como hemos señalado sus consecuencias tienen manifiesta incidencia política; sino propiamente, es un acto jurisdiccional caracterizado por una actividad interpretativa y argumentativa respecto de validez de normas jurídicas dentro de un Ordenamiento Jurídico, que consiste en realizar un juicio de compatibilidad normativa entre una norma superior (Constitución) y otra inferior (ley)¹³⁰. Además, no puede perderse de vista

¹²⁸ En esa época aún no se concebía como “judicial review”, denominación que habría surgido a partir de 1910, atribuyéndosele a Edward Corwin quien la empleó en una serie de artículos, muy influyentes en su momento, publicados en La Michigan Law Review. Así lo cita Ahumada Ruiz, Ob.cit.p.117.

¹²⁹ Sebastián Linares sostiene la tesis de que *el control judicial de las leyes, bajo una constitución rígida, significa una afrenta a los valores que dan sentido a un gobierno democrático y a los valores de igual dignidad y autonomía personal*. En “**La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**”, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.19-20.

¹³⁰ En el ordenamiento peruano también supone un juicio de compatibilidad de una norma infralegal respecto de la Constitución y la ley: el proceso de acción popular.

que dicha actividad jurisdiccional está condicionada a la observancia de principios y garantías de naturaleza constitucional, como tutela judicial efectiva, debido proceso y motivación¹³¹.

Consideramos que, es ésta la razón por la que no se genera un conflicto jurídico interórganos¹³², porque el poder para hacerlo proviene de la Constitución y las razones que se deben exponer en la resolución judicial evidencian su justificación del por qué existe falta de concordancia o compatibilidad de la ley respecto de la Constitución. Pero además, esta declaración de incompatibilidad no se realiza en abstracto, es decir, con el propósito *per se* de cuestionar la ley – de atacarla - o enjuiciar de manera gratuita o incausada su compatibilidad normativa con la Constitución, sino por el contrario, dicha actividad está justificada en la necesidad de prestar tutela judicial efectiva a una persona (como demandante, demandado, denunciante o imputado) a quien le afecta la existencia de un conflicto, controversia o incertidumbre jurídica, la cual debe ser resuelta en el proceso judicial, por un juez.

El gran pensador Alexis de Tocqueville¹³³ al referirse al sistema estadounidense lo entendía así: La no aplicación de la ley en un proceso no está motivada por la voluntad del juez norteamericano de ingresar a la escena política llamando la atención del legislativo como de la comunidad, porque no ataca a las leyes de manera teórica o general, por tanto no provoca un enfrentamiento con el legislativo, y cuando ataca la ley lo hace de manera que oculta, en parte a las miradas del público, la importancia de este ataque, porque ello ocurre dentro de un proceso y sobre una aplicación particular, de manera que es el interés particular el que provoca la censura de la ley, y ello también garantiza que la

¹³¹ Conforme a las exigencias de art.139.3 y art.139.5 de nuestra Constitución.

¹³² Como lo define Karl Loewenstein al referirse al poder de control que tienen los jueces en los Estados Unidos, frente al Congreso y al Presidente, que ha llevado a denominar “judiciocracia” o “gobierno de los jueces” y que la Corte Suprema sea considerada como “tercera cámara de Legislación”. Ob.cit.p.310.

¹³³Ob.cit.p.112

legislación no sea atacada a la ligera. Lo que ocurre, finalmente, es que, al señalarle las faltas al legislador, se responde a una necesidad real: se parte de un hecho real y tangible, que sirve de base a un proceso.

Tal como venimos sosteniendo, si bien de ninguna manera puede ser considerada una actividad política, más allá de las resistencias y cuestionamientos que los miembros del Legislativo y Ejecutivo hagan a este poder-deber, el ejercicio del control difuso evidentemente tiene consecuencias en el orden jurídico-político, pues la decisión judicial de no aplicar una ley supone una afectación a su vigencia y eficacia, pues, nuevamente conforme a Tocqueville, si bien la ley censurada no queda destruida: *su fuerza moral disminuye, pero su efecto material no se suspende. Sólo poco a poco y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia llega al fin a sucumbir*¹³⁴.

Un autor más contemporáneo¹³⁵ ha señalado que en el sistema americano si bien la ley inaplicada no se anula por el juez, empero, ésta no vuelve a ser aplicada por ninguna otra autoridad y ello se debe a la tradicional autoridad moral y política de la Corte Suprema de los Estados Unidos y a la regla del precedente.

Evidentemente, el modelo estadounidense evidencia que la decisión de no aplicar una ley por un juez, es al mismo tiempo expresión de la plenitud de un poder estatal y la vinculación que respecto de esta decisión tienen los otros poderes públicos y estamentos del Estado.

2.2.9.2. Control difuso: Un deber jurídico. Pero, no solamente es un poder, además, se expresa como un deber del juez para con el

¹³⁴ Ob.cit.112.

¹³⁵ Alejandro M. Garro: “**Eficacia y Autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las Lecciones del Derecho Comparado**”, en “Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos”... p.500.

ordenamiento jurídico presidido por la Constitución. Ejercer el control difuso de constitucionalidad, constituye un deber que se origina en el mandato de la Constitución de hacer prevalecer sus normas sobre las de inferior jerarquía: una cuestión de fuerza normativa de la Constitución. De manera que, la vigencia de la Constitución, la necesidad que su contenido se imponga en el ejercicio del poder público, incluso en las relaciones entre los particulares, y que de esa manera se asegure su eficacia para garantizar la pervivencia del Estado Constitucional, está encomendada al juez.

Así, si el ejercicio del poder público por cualquier estamento del Estado está condicionado a su conformidad con la Constitución, en el caso del juez es todavía más relevante, porque adicionalmente, en el ejercicio de la función jurisdiccional se le ha encomendado salvaguardar la primacía de la Constitución sobre cualquier otra disposición legal del ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, el ejercicio del control de constitucionalidad difuso se puede entender ya no solo como una atribución del juzgador sujeta a su decisión de aplicarlo o no, sino que, se constituye en un imperativo jurídico cuando la resolución de la controversia lo requiera, bajo los presupuestos de relevancia, utilidad y necesidad, para salvaguardar la conformidad de las disposiciones jurídicas con la norma fundamental del Estado.

Por lo que, entendido el ejercicio del control difuso como un deber del juez, no puede sostenerse que **su aplicación está sujeta a la solicitud de una de las partes** que requieren su aplicación¹³⁶ o a la **acreditación de un agravio** de quien la invoca, o que, tratándose el proceso

¹³⁶Como erróneamente lo fijó el Tribunal Constitucional al referirse al control difuso administrativo en STC N°014-2009-PI/TC.

constitucional de amparo, **que el afectado haya cuestionado la constitucionalidad de la ley oportunamente en el proceso ordinario**¹³⁷; pues ello significaría apartar al Juez (titular de un poder constituido) del deber que tiene de salvaguardar la supremacía de la Constitución (impuesta por el poder constituyente) y, por lo demás, evidencia un condicionamiento incompatible con la naturaleza misma del control judicial de constitucionalidad, pues se está requiriendo que el justiciable ostente una situación material o procesal determinada o peor aún, a que haya desplegado una actividad procesal concreta, para proceder a su ejercicio, todo lo cual, creemos, llega a limitar la eficacia normativa de la Norma Fundamental del Estado.

Consideramos que, la aplicación del control difuso se revela como una cuestión de orden público constitucional, no sujeto a la disponibilidad de las partes ni a la disponibilidad del juez. Y es que, siendo el juez, el titular de un poder constituido, cuya fuente de este poder está en la Constitución, la misma que le impone el deber de defenderla (art.38), de hacer valer su supremacía normativa (art.51) y además le establece el deber de hacerla prevalecer sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía (art.138, segundo párrafo); por tanto, no puede pretenderse que la decisión de ejercitarlo o no, esté sujeto a la invocación de parte, acreditación de agravio o peor aún, al arbitrio del juez.

De manera que, si la resolución de un conflicto o controversia jurídica dependen de la aplicación de una ley determinada, la misma que luego del juicio de compatibilidad con la Constitución, es manifiestamente incompatible, sin perjuicio de que lo invoquen o no las partes del proceso, el juez tiene el deber imperativo de no aplicarla al caso. Recrear este caso penal puede ilustrar nuestro razonamiento: Un joven de 19 años fue acusado de violación sexual de una menor de 13 años de edad.

¹³⁷ Exigencias fijadas por el TC en el caso Borja Urbano; f.j.7.

La actividad probatoria había determinado que entre ambos existió una relación sentimental en cuyo contexto ocurrieron las relaciones sexuales, sin embargo, esta situación contextual había sido negado por la agraviada como por el imputado –creemos que por una incorrecta estrategia de defensa-. El tribunal penal deslizó la posibilidad de aplicar control difuso respecto de la pena que el art.173.2 del CP establece para el delito imputado (30 a 35 años de pena privativa de libertad), con el objeto de fijar una pena menor dado que conforme a las pruebas actuadas, las relaciones sexuales ocurrieron dentro de una relación sentimental, que las mismas fueron consentidas y que entre la víctima y el imputado no existía una amplia diferencia etaria¹³⁸, entonces, **¿el tribunal estaría impedido de aplicar control difuso porque el imputado no lo solicitó y peor aún, el imputado como la agraviada negaron el supuesto fáctico que sustentaría su aplicación** (las relaciones sexuales consentidas en el contexto de una relación sentimental)?. Considero que no, porque el deber de su aplicación le viene impuesto por la norma de donde emana su potestad jurisdiccional – la Constitución- y que por lo demás, se configura como garantía de su fuerza normativa. Por lo que, el tribunal penal debe ejercer el control difuso, ponderando para el caso, los principios preventivos de la pena y los derechos fundamentales a la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad del imputado, entonces se podrá inaplicar el art.173.2 del Código Penal, en su extremo mínimo, fijándose una pena por debajo de los treinta años de privación de la libertad.

Y ello puesto que, un juez no puede mantenerse indiferente o tolerar la inconstitucionalidad manifiesta de una ley en que se halla sustentada la pretensión o posición de alguna de las partes en el proceso, sino por el contrario, tiene el deber de una actuación oficiosa para declarar la inaplicabilidad de la misma y ello no puede estar condicionado a la

¹³⁸ Aspectos que en materia penal han sido desarrollados en Casación 335-2015-Del Santa

invocación o no de parte o peor aún a la demostración de perjuicio de quien lo invoca; sólo así se entiende la juridicidad de la Constitución, esto es, de que la validez de las actuaciones de los poderes públicos, están condicionadas a su conformidad con la Constitución.

Una muestra brillante del carácter oficioso de la aplicación del control difuso, lo dieron los magistrados del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano, cuando debieron resolver la inaplicabilidad de la ley 26657 en un proceso abstracto de inconstitucionalidad¹³⁹, en cuya sentencia, como hemos resaltado, decidieron aplicar el control difuso –derecho y obligación constitucionalmente reconocidos a todos los jueces – y no el “control concentrado” – derecho y deber exclusivos de Tribunal Constitucional, del cual eran magistrados.

Abunda en nuestra postura, la naturaleza procesal del control de constitucionalidad difuso, que por su pertenencia al Derecho Procesal Constitucional tiene un marcado carácter público o mejor dicho, pertenece al sistema procesal publicístico que comprende los principios de dirección del proceso, impulso de oficio y iura novit curia –todos los cuales están reconocidos en nuestro Código Procesal Constitucional- y que concordados con los fines del proceso constitucional de garantizar la primacía de la Constitución así como la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, nos permiten sostener que la aplicación del control difuso constituye un deber imperativo del Juez por lo que corresponde ser invocada indefectiblemente cuando se encuentra ante una situación jurídica, en que una norma de inferior jerarquía invocada para sustentar la pretensión o posición de las partes en un proceso, resulte incompatible con las normas constitucionales.

¹³⁹ STC.Exp.002-1996-PI/TC. Diario Oficial “El Peruano”, 17 de enero de 1997.

2.2.9.3. Control difuso: Un poder-deber jurisdiccional.

Indudablemente, que el **poder decisorio** del Estado frente a una controversia, litigio, conflicto o incertidumbre, todas con relevancia jurídica, es una de las expresiones más patentes del mandato constituyente consagrado en la Constitución. El jurista español Juan Montero Aroca¹⁴⁰ explica la naturaleza de los poderes del Estado de esta manera: la Constitución otorga a los titulares de un poder constituido la atribución de “algo” que los particulares no tienen. Ese “**algo**” que se identifica como “potestad” y que deviene de la soberanía, atribuye a su titular una posición de superioridad o supremacía frente a las personas respecto de quienes se va a ejercer la potestad decisoria y que lleva ínsita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás pudiendo recurrir incluso al uso de la fuerza.

Comprendemos que es este poder de imperio el que permite al Estado, por ejemplo, imponer el pago de un tributo a todos los ciudadanos contribuyentes, o el que limita la libertad personal de una persona cuando se le impone una pena privativa de libertad.

Ahora bien, tratándose del poder jurisdiccional del Estado, piénsese en la trascendencia de esta potestad reconocida en la Constitución: es un poder constitucional a través de cuyo ejercicio se tutelan derechos fundamentales, pero también se restringen. Ningún poder público o particular puede negar o desnaturalizar el alcance de las decisiones judiciales y ello es así porque la propia Constitución asegura la eficacia y vinculación de las mismas a partir del reconocimiento de principios constitucionales (tutela judicial, debido proceso, exigencia de motivación de resoluciones judiciales, juez natural, pluralidad de instancia, etc.).

¹⁴⁰ En “**Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano**”, ENMARCE E.I.R.L. 1ª Edic. Lima, julio 1999; p.46-47.

El poder constituyente ha reconocido que el ejercicio del control de constitucionalidad difuso corresponde al Juez. Al amparo de nuestras razones vertidas al momento de explicar por qué no resulta una interpretación constitucional válida aquella por la cual se pretende extender la competencia del art.138 a favor de tribunales adscritos al Poder Ejecutivo o considerar como una competencia implícita el ejercicio del control difuso por órganos no jurisdiccionales del Estado; nosotros consideramos que el ejercicio de dicho poder-deber sólo puede corresponder a una potestad jurisdiccional porque, como lo sostuvo Alexander Hamilton en El Federalista y lo sentenció el Tribunal Marshall, en 1803, el poder de decidir si se aplica o no una ley por su contrariedad con la Constitución, es consecuencia de su interpretación. Y si bien, como todo Estado Constitucional, se reconoce la existencia de una pluralidad de intérpretes de la Constitución, sin embargo, es la interpretación judicial la que se impone de manera vinculante y definitiva para todos los estamentos del Estado, así como para los particulares.

Creemos que, el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado representa el ámbito de realización del derecho, la garantía de la seguridad jurídica y la garantía de la conformidad de los actos de los poderes públicos y de los particulares con la Constitución. Esto es, si bien los poderes y órganos públicos no jurisdiccionales del Estado ejercen facultades decisorias en el ámbito de atribuciones y competencias que la Constitución y las leyes les reconocen, en las que deben interpretar las normas jurídicas conforme a los contenidos materiales y formales de la Constitución, empero, es la interpretación de las disposiciones jurídicas que realizan los órganos jurisdiccionales del Estado, la que resulta prevaleciendo porque la Constitución ha determinado que sea la **tutela judicial** el umbral, la garantía final, de protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de la conformidad de los actos de los poderes públicos y particulares con la Constitución. No olvidemos

que, como el Tribunal Constitucional lo ha reiterado, la Constitución *in toto*, en su parte orgánica incluso, se reconduce a la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

Por ello, la coherencia del sistema jurídico permite comprender que, si un conflicto es resuelto en el ámbito del derecho administrativo, esta decisión puede cuestionarse en el ámbito judicial, a través del proceso contencioso administrativo (art.148 de nuestra Constitución), o en el caso de una decisión sancionatoria en sede parlamentaria, el afectado con dicha decisión puede recurrir al ámbito judicial reclamando la tutela de sus derechos fundamentales que considera se han vulnerado. Incluso cuando, tratándose propiamente de la tutela de derechos fundamentales o principios constitucionales, puede llegar a cuestionarse una resolución judicial y en este caso, igualmente será un juez -constitucional- el que deberá dilucidar la violación o no de un derecho fundamental o la transgresión de un principio, valor o bien jurídico constitucional.

Así, por mandato del Constituyente, la decisión del juez se constituye en garantía de la tutela de los derechos fundamentales de la persona y de la coherencia y conformidad del sistema jurídico.

De manera que, cuando se trata de la resolución de conflictos intersubjetivos o de dilucidar una controversia jurídica o de emitir un pronunciamiento sobre una situación con relevancia jurídica, los órganos detentadores de la potestad jurisdiccional del Estado constituyen el poder constituido por la Constitución para decidir definitivamente, con la determinación de que se ejecute lo resuelto, y ello por cuanto la potestad jurisdiccional comprende la facultad de conocer la pretensión o situación relevante, decidir sobre la misma y ejecutar lo decidido, sólo en esos términos se puede entender la citada potestad constitucional y solo bajo

ese alcance se satisfecerá el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución.

Éste es el ámbito del poder reconocido por la Constitución a favor de los titulares de la potestad jurisdiccional del Estado: el poder de realizar el derecho, de decir lo que el Derecho es, y hacerlo de manera definitiva y vinculante, de manera que ninguna otra autoridad puede inobservar, incumplir, o desnaturalizar sus decisiones. No ocurrirá lo mismo con la decisión de cualquier otra autoridad estatal o ente privado, respecto a una controversia o conflicto jurídico, pues estas resoluciones válidamente pueden recurrirse o revisarse en sede judicial y ello no puede ser controvertido porque justamente se trata del ejercicio de un derecho fundamental: el acceso a la justicia, expresión de la tutela judicial que nuestra Constitución reconoce (art.139.3).

En ese sentido, consideramos que, si en el ejercicio del control difuso de lo que se trata es de decidir la inaplicabilidad de una ley por su infidelidad con la Constitución, ello sólo puede dilucidarse en el seno de un proceso judicial y decidida por un juez, no porque sólo él puede interpretar constitucionalmente la ley y se minusvalice la labor intérprete de los titulares de otros órganos estatales, sino porque la potestad otorgada por el constituyente –de la interpretación del Derecho, expresada en sus decisiones- le permite vincular de manera prevalente y eficiente a todo poder público o particular, en cuyo ejercicio además, se garantiza la prevalencia normativa de la Constitución y se realiza la tutela judicial efectiva de los derechos que se dilucidan en una controversia jurídica.

2.2.10. Control difuso: mecanismo de protección de derechos fundamentales

Como venimos razonando, uno de los aspectos centrales por el que el control difuso sólo debe reconocerse como un poder-deber de jueces, es el principio de

protección jurisdiccional de derechos fundamentales. Entendiéndose que, la tutela de los derechos fundamentales ocurre en todo proceso judicial, y no, únicamente en un proceso constitucional de tutela de derechos¹⁴¹.

Y es que, si bien, el control difuso resulta ser un mecanismo de control de constitucionalidad, sin embargo, el enjuiciamiento de la ley cuestionada frente a la Constitución, no se realiza en abstracto, sino motivado por la necesidad de solucionar un conflicto o cuestión con relevancia jurídica, en cuyas pretensiones procesales se contienen los derechos de las partes, y claro, si lo que se exige es que esa necesidad tenga relevancia constitucional, encontramos que lo discutido, lo controvertido, está vinculado a la tutela de derechos fundamentales, en cuyo escenario, el juez debe anteponer la Constitución, cuando advierte que la ley afecta, limita o restringe su ejercicio. Se recordará que quienes aún defienden el control difuso administrativo, tienen como uno de sus argumentos centrales, la tutela de derechos fundamentales del administrado.

Estas particularidades justamente permiten distinguir el control de constitucionalidad difuso del control de constitucionalidad concentrado, en el que sí se realiza un juicio de compatibilidad en abstracto de una ley frente a la Constitución¹⁴². Conforme venimos señalando, para efectos del control difuso, el cuestionamiento de la ley se produce por la necesidad de resolver una controversia o dilucidar una incertidumbre jurídica planteada en un proceso judicial, o propiamente, porque existe la necesidad de tutelar un derecho o amparar una pretensión vinculada a un derecho fundamental. De manera que, si la ley con evidente vicio de inconstitucionalidad existiera en el ordenamiento jurídico, pero ésta no está involucrada en una pretensión o posición jurídica

¹⁴¹ El Tribunal Constitucional ha sostenido que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales les corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de procesos judiciales ordinarios. RTC.3694-2012-PA/TC, f.j.11. Además, precedente del caso Elgo Ríos, STC.2383-2013-PA/TC, f.j.9.

¹⁴² Incluso al proceso de inconstitucionalidad se le reconoce una dimensión subjetiva, pues “siempre tendrá también, en última instancia, la vocación subjetiva de preservar los derechos fundamentales de las personas”. Entre otras, véase sentencia del TC Exp.020-2005-PI/TC, f.j.16-19.

dentro de un proceso judicial, el juzgador no tiene competencia para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad.

Así, la exigencia de que el control difuso sea un ejercicio jurisdiccional, vinculado a la protección de derechos fundamentales, tiene que ver con el carácter de las decisiones judiciales que le ha impuesto la Constitución, que lo distinguen de las decisiones que pueden adoptar otros estamentos estatales que, como reiteramos, también tienen potestades para interpretar el derecho y resolver controversias jurídicas dentro del ámbito de sus competencias (por ejemplo, en el ámbito administrativo), como también de las decisiones que se emiten en el ámbito de las relaciones *inter privados* (asociaciones, estamentos corporativos), y es que, es el ámbito judicial –en cuyo escenario el juez interpreta las disposiciones legales desde la Constitución- el escenario máximo de protección de los derechos de las personas, en cambio, la decisión de la autoridad administrativa como la emitida por un estamento privado pueden recurrirse ante un órgano jurisdiccional, justamente para reclamar la tutela judicial de un derecho fundamental que no se ha reconocido.

Desde el Derecho Convencional se valida esta coherencia normativa, cuando tratados internacionales como la Convención Americana reconoce en su art.25.1 el derecho de toda persona a la tutela judicial, mediante un recurso sencillo y rápido o cualquier otro medio efectivo, ante los jueces o tribunales competentes, que permita amparar sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicha Convención.

2.2.11. *Los caracteres del control difuso a partir de su naturaleza jurisdiccional*

2.2.11.1. **Control Excepcional.** Como venimos señalando, en principio no parece armónico que en un sistema jurídico se decida la inaplicabilidad de una ley para dilucidar la controversia de un caso

judicial, pues, por un lado se genera fisuras en el ámbito político porque se resta eficacia a la obra privilegiada de un Poder del Estado: la ley, que se entiende es expresión de la voluntad del pueblo a partir del principio representativo.

Así mismo, en el ámbito propiamente jurisdiccional –que es lo que interesa a nuestro trabajo- no puede ser una práctica a la que tenga que recurrirse permanentemente, *per se*, para solucionar todo caso judicial, pues la vinculación que tiene el juez con la Constitución que es la que habilita el ejercicio de este poder, es al mismo tiempo el límite que impone la excepcionalidad de este ejercicio, justamente para armonizar el ejercicio de los poderes públicos dentro del Estado Constitucional, de allí que se tenga presente principios interpretativos como: ***interpretación conforme a la Constitución, presunción de constitucionalidad de las leyes, principio de integración, e incluso de previsión de consecuencias***; conforme a los cuales, se recurre al control difuso cuando se ha agotado la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, partiendo de considerar que la ley es constitucional en tanto jurisdiccionalmente no se determine lo contrario, y que el juez debe, mediante la interpretación, armonizar el ejercicio legislativo del Estado, pero también le corresponde prever que el ejercicio del control difuso no termine desbordando el equilibrio que debe haber entre constitucionalismo y democracia en un Estado Constitucional de tipo Social y Democrático de Derecho como lo ha reconocido el intérprete constitucional.

- 2.2.11.2. ***Control incidental.*** Este tipo de control de constitucionalidad ocurre luego que un conflicto, controversia o cuestión litigiosa se ha sometido a competencia de un juez a partir de una pretensión procesal canalizada mediante una denuncia o demanda, como ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, la misma que promueve la formalización de un proceso judicial de cualquier

naturaleza (civil, penal, laboral, familiar, tributaria, etc.), que, previo los estadios que la ley procesal a previsto, concluirá con la decisión de un juez respecto a la pretensión o posición formulada por las partes procesales.

Nótese que, en este escenario, el control de constitucionalidad no constituye, en principio, objeto del pronunciamiento del juez, ni tampoco la situación controvertida sobre el que debe emitirse la decisión, por ello es que se le atribuye su carácter *incidental*: ocurre como una incidencia dentro de un proceso judicial. Siendo que, es justamente la determinación de la situación controvertida -fijación de puntos controvertidos, por ejemplo en el proceso civil- la que permite al juez advertir que la decisión de la controversia exige insoslayablemente la aplicación de la ley que está viciada de inconstitucionalidad, pero no sólo ello, sino además, en un siguiente nivel, se da cuenta que no obstante insistir en la adecuación de la ley a la Constitución, ello no es posible, por lo que debe recurrir a efectuar el control judicial de constitucionalidad que le reconoce la Constitución.

- 2.2.11.3. ***Espontaneidad de su invocación.*** Vinculado a los caracteres precedentes, el control judicial de constitucionalidad no constituye una pretensión que se plantee originariamente en la controversia sometida ante el juez.

Ocorre que, cuando la actividad judicial ya está encaminada, siguiendo el íter procesal respectivo al proceso judicial promovido, el juez, o las partes procesales, advierten que la dilucidación del objeto controvertido por las partes en el proceso, está amparada en una ley que colisiona con el contenido formal o material de la Constitución; esto es, constatan que la ley que se ha invocado como fundamento

de las pretensiones o posiciones de las partes no debe ser aplicada por su disconformidad con la Norma Fundamental del Estado y por tanto, corresponde al juez decidir esa incompatibilidad.

Lo expuesto da forma a lo que consideramos es una característica esencial del control judicial de constitucionalidad: la ***espontaneidad de su invocación***. De manera que, su ejercicio no puede estar condicionado a un requerimiento formal de las partes procesales o que forme parte de las pretensiones planteadas al interponerse la demanda o su contradicción, o al formularse la pretensión penal o la defensa del imputado.

2.2.11.4. ***Invocación judicial de oficio***. Teniendo como parámetro las normas constitucionales que sostienen la fuerza normativa de la Constitución: supremacía normativa, aplicación directa y vinculatoriedad de sus normas, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad en un proceso judicial debe tener como regla la invocación de oficio por el juzgador, sin perjuicio de que pueda ser advertida y requerida por alguna de las partes que comparecen ante la autoridad judicial.

Queda claro que, si las partes formulan una “solicitud de aplicación del control difuso”, no implica que se genere la obligatoriedad del juez de disponer la inaplicabilidad de la ley al caso judicial, sin embargo, la existencia del requerimiento sí obliga a que el juez de pronuncie motivadamente sobre su procedencia o no¹⁴³.

2.2.11.5. ***Efectos particulares***. Dado que los efectos de la declaración del control judicial de constitucionalidad están vinculados a la resolución de la controversia o incertidumbre objeto del proceso judicial, los

¹⁴³ El TC en STC. Exp.966-2014-PA/TC, El Peruano, 01/10/2017; ha resuelto que habiendo una de las partes invocado la aplicación del control difuso se vulnera la garantía-principio-derecho de motivación, si es que el juez no se pronuncia sobre dicha petición.

efectos directos e inmediatos de la inaplicabilidad de la ley afecta (o beneficia) a las partes del proceso.

Esto es lo que en doctrina procesal se denomina: **efectos *inter partes***; sin embargo, no se puede impedir que a través de la vinculación de la jurisprudencia en su forma vertical u horizontal - máxime si en nuestro sistema jurídico se han adoptado instituciones judicialistas como: *precedente vinculante y doctrina jurisprudencial*-, la decisión que en principio afectaba sólo a las partes de un proceso pueda ser invocada en otros procesos donde la cuestionada ley sea igual de relevante para la decisión de la controversia planteada ante el juez.

2.2.11.6. **Efecto normativo: Inaplicabilidad de la norma cuestionada.**

Hemos señalado que el juez al recurrir al control de constitucionalidad difuso no actúa como un órgano político, dado que decide inaplicar una ley porque ello es imperioso para resolver la controversia sometida a su competencia.

Agregamos, recordando a Alexis de Tocqueville cuando apreciaba el sistema americano, que en este ejercicio, el juez no busca entrar en conflicto con el poder legislativo, sino que su única finalidad es resolver el caso; por ello su decisión no puede ser derogatoria de la ley u ordenar su expulsión del ordenamiento jurídico, sino por el contrario lo que le corresponde hacer es respetar las atribuciones y competencias de los poderes públicos y justificar esta decisión excepcional de inaplicar una ley, a través de razones jurídicas y fácticas suficientes, pues como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional debe salvaguardarse el principio de corrección funcional en la interpretación constitucional.

De manera que, si el juez considera que la norma cuestionada colisiona con norma constitucional alguna, debe declarar su inaplicabilidad, lo cual supone que aquélla norma mantiene su vigencia y que solamente no se aplica para el caso de autos, dado que al juez que la declara, no le asiste el poder para declarar la inconstitucionalidad de la misma, declaración ésta que conforme al artículo 202 de la *lex legum* ha atribuido al Tribunal Constitucional, a partir de un juicio abstracto de constitucionalidad bajo supuestos y características determinadas.

CAPÍTULO 3: CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta

Consideramos que la propuesta del presente trabajo pretende alcanzar las siguientes consecuencias:

3.1.1. En el ámbito político

3.1.1.1. Concretamente en el ámbito del Poder Legislativo, consideramos que una posible o pretendida reforma del art.138 de la Constitución, respecto a extender la titularidad en el ejercicio del control de constitucionalidad difuso, deberá considerar los fundamentos históricos y jurídicos que dan contenido a dicho modelo de control de constitucionalidad.

3.1.1.2. El Congreso deberá respetar el carácter vinculante de las decisiones del intérprete supremo de la Constitución, respecto a la naturaleza eminentemente jurisdiccional del control de constitucionalidad difuso, las mismas que no deben ser desnaturalizadas por acto legislativo alguno.

3.1.1.3. Creemos que el poder político debe conocer y comprender los fundamentos jurídicos y políticos que sustentan la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad difuso, su trascendencia e incluso su utilidad para cautelar la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

3.1.2. En el ámbito jurisdiccional

3.1.2.1. La consecuencia que se espera, respecto del Tribunal Constitucional, es que, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, otorgue el significado constitucionalmente válido a las disposiciones vinculadas al control de constitucionalidad difuso, de manera que se salvaguarde el carácter jurisdiccional del control difuso.

3.1.2.2. En el mismo ámbito del Colegiado Constitucional, se espera que la propuesta de este trabajo permita llamar la atención de la condición de poder-deber del control de constitucionalidad difuso. En ese sentido, la jurisprudencia vinculante como la doctrina jurisprudencial que se emita, deben corregir las decisiones que imponen como condiciones para su ejercicio: **invocación de parte** y **acreditación de perjuicio** de quien lo invoca, lo cual, como hemos fundamentado, ha desnaturalizando el control judicial de constitucionalidad.

3.1.2.3. La consecuencia de la propuesta también incide en el perfil de los jueces constitucionales: tanto personal como profesional, pues se requiere tanto un grado de prudencia y personalidad como también en el ámbito cognitivo la comprensión y utilización de principios, normas y valores constitucionales, para decidir el ejercicio de un poder-deber trascendente en un Estado Constitucional: no aplicar una ley para resolver un caso judicial concreto.

3.1.3. En el ámbito doctrinario

3.1.3.1. El trabajo debe constituir un aporte a la doctrina jurídica, respecto a un tema de trascendencia constitucional como es el control judicial de constitucionalidad, cuyo estudio y análisis se ha desarrollado a partir de conocer

y comprender los fundamentos históricos y jurídicos que justificaron el surgimiento y afianzamiento de esta institución jurídico procesal.

3.1.3.1. Así mismo, se espera que, para el tratamiento del control de constitucionalidad difuso, la doctrina comprenda los caracteres propios de esta institución, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico originariamente se ha instaurado bajo la influencia de un sistema jurídico distinto a aquel al cual pertenece el control judicial de constitucionalidad, por lo que la adaptación que se ha realizado a nuestro sistema no debe suponer desnaturalizar sus caracteres esenciales, como es su carácter jurisdiccional.

3.2. Beneficios que aporta la propuesta

3.2.1. La propuesta ha sido construida a partir de fundamentos históricos y jurídicos que justificaron la adopción del control difuso como mecanismo de control de constitucionalidad. Creemos que ello es importante porque permite

comprender los caracteres que explican la naturaleza de esta institución jurídica.

3.2.2. Así mismo, el desarrollo de este trabajo no se agota en su sustento histórico, sino que tiene un necesario correlato con la vigencia y eficacia de la Constitución, sobre cuyos aspectos se plantea la adecuada interpretación de sus disposiciones.

3.2.3. Un beneficio importante de nuestra propuesta es que se ha construido a partir del análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado la problemática planteada, lo cual justamente permite apreciar las distintas posturas que a lo largo de su funcionamiento ha tenido el intérprete constitucional, respecto a la titularidad del control difuso y a su condición de poder-deber.

3.2.4. Finalmente, no es un dato menor, que para el desarrollo del trabajo se haya recurrido a las distintas posturas de la doctrina nacional que han tratado los temas relacionados a la problemática de nuestro trabajo. Podrá apreciarse que mayormente se ha tratado el tema como un asunto de competencia constitucional, soslayando aquellos elementos que permiten justificar la naturaleza jurisdiccional y de poder-deber del control difuso, más allá de la disposición constitucional que lo reconoce.

CONCLUSIONES

1. Concebir la supremacía normativa y el carácter jurídico de la Constitución tiene su origen en aspectos socio-culturales que dieron origen a las sociedades que hoy se reconocen como Estados Constitucionales. Así se explica que Estados Unidos haya adoptado el control judicial de constitucionalidad para defender la primacía de la Constitución sobre cualquier otra disposición legal del Estado o de cualquier actuación política que pretenda vulnerarla. No ha ocurrido lo mismo con Estados que se han configurado a partir de la ley como expresión del principio democrático y como garantía frente al abuso del poder político.
2. Los poderes y atribuciones que la Constitución le reconoce al Juez en el Estado Constitucional, justifican la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad difuso.
3. El Juez es titular de un poder constituido, cuya función, por su naturaleza, consiste en determinar lo que el Derecho es y que corresponde ser aplicado a cada controversia jurídica sometida a su competencia, siendo que, este ejercicio funcional está condicionado y a la vez garantizado, por principios, derechos fundamentales, valores y bienes constitucionales que reconoce la Constitución, a los cuales, en su ejercicio funcional, el juez debe dar contenido mediante la interpretación jurídica y justificarla debida y suficientemente en una decisión.
4. La interpretación constitucionalmente válida de las disposiciones de la Constitución, no permite extender los alcances del art.138 de la Constitución para reconocer el ejercicio de control de constitucionalidad difuso a órganos estatales no jurisdiccionales.

5. El ejercicio del control de constitucionalidad difuso tampoco puede ser reconocido como una competencia implícita de órganos estatales no jurisdiccionales, como los tribunales y órganos de la Administración Pública, porque el carácter implícito de una competencia constitucional tiene como presupuesto una competencia principal que, para el caso del control difuso, lo es la potestad jurisdiccional. El control difuso sólo puede ser admitido en el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado Constitucional.
6. La interpretación judicial de la Constitución tiene primacía y vincula a los distintos poderes públicos y particulares en el Estado Constitucional. Con ese propósito, el Constituyente ha reconocido principios y garantías de naturaleza constitucional que garantizan la eficacia y vinculación de la decisión judicial, siendo correlato de este reconocimiento, el que la interpretación judicial se imponga como garante de la seguridad jurídica y ordenación del Sistema Jurídico presidido por la Constitución.
7. La interpretación de las disposiciones del sistema jurídico que realizan los poderes públicos no jurisdiccionales y los particulares, está condicionada y delimitada, formal y materialmente, por la función que tienen en el Estado Constitucional, siendo que el Juez es, respecto de estas interpretaciones, garante de la validez y de su compatibilidad con la Constitución.
8. Bajo los caracteres, vinculante y definitivo de la decisión judicial, el Estado Constitucional garantiza: el principio de protección jurisdiccional de derechos fundamentales y el principio de supremacía de la Constitución.
9. Disponer la inaplicación de una ley en la solución de un caso concreto, constituye un deber constitucional, que se explica por el carácter jurídico

de la norma suprema y su fuerza normativa que debe imperar en las relaciones de los poderes públicos y de los particulares, lo cual debe salvaguardarse con la decisión del Juez quien se constituye en el garante de la prevalencia normativa de la Constitución en el Ordenamiento Jurídico. Por ello, el ejercicio de este poder-deber no puede estar condicionado a la invocación de las partes procesales o a la acreditación de agravio.

- 10.** La vinculación del juez a la Constitución, así como el rol que tiene para garantizar la prevalencia y fuerza normativa de dicha norma fundamental, condicionan su perfil personal y profesional. El juez que debe decidir la aplicabilidad o no de una ley por su compatibilidad o no con la Constitución, debe ostentar capacidades, habilidades y competencias que le permitan comprender, interpretar y aplicar los contenidos constitucionales a la solución de las controversias jurídicas sometidas a su conocimiento.
- 11.** El Tribunal Constitucional peruano ha desnaturalizado el control de constitucionalidad difuso al reconocer su aplicación por órganos no jurisdiccionales del Estado, como la Administración Pública, así como al requerir iniciativa de parte procesal y acreditación de agravio, para su ejercicio.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República, actuando como poder constituyente constituido, debe incorporar un apartado tercero al art.138 de la Constitución Política del Estado, estableciendo: *“El ejercicio de este poder-deber no corresponde a órganos no jurisdiccionales del Estado”*.
2. La Academia de la Magistratura, en la formación y capacitación de jueces de todas las instancias y especialidades, debe establecer obligatoriamente el desarrollo de materias en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, relacionados al carácter fundamental de la Constitución, carácter jurídico de la Constitución, supremacía constitucional y control y jurisdicción constitucional.
3. El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia vinculante, debe dar contenido y significación jurídica al art.138 de la Constitución, más allá de la que corresponde como “competencia predeterminada por el Constituyente”, que permita justificar el carácter eminentemente jurisdiccional del control de constitucionalidad difuso, como garantía de la supremacía de la Constitución y de la tutela de derechos fundamentales, valores, principios y bienes constitucionales.
4. El Poder Judicial, orgánicamente como Poder del Estado y funcionalmente al resolver las controversias jurídicas que se someten a la competencia de sus jueces, debe asumir la trascendencia del poder-deber que representa el ejercicio del control difuso, el cual le ha impuesto la Constitución, para garantizar su vigencia y fuerza normativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARAGÓN Manuel “Constitución, Democracia y Control”, UNAM, México, 2002.
2. AHUMADA RUIZ María Ángeles; “Marbury vs Madison doscientos años (y más) después”. En Revista Fundamentos N°04 (págs.109-148), 2006, Junta General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, Asturias, España.
3. BAGEHOT W., “La Constitución Inglesa”, traducción de Adolfo Posada, UNAM, México, 2005.
4. BARCELÓ ROJAS Daniel Armando, Introducción al Derecho Constitucional Estatal Estadounidense”, UNAM, México, 2005.
5. BARKER, ROBERT S., “La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual”1°edic., Grijley, Lima, 2005.
6. BARKER, ROBERT S., “El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos”, Grijley, Lima, 2014.
7. BELTRÁN DE FELIPE Miguel y GONZALES GARCIA Julio “Las sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”. 2°Edic, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
8. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo; “Derecho Constitucional”; Edit. Tecnos S.A., 2°edición. Reimpres., Madrid, 1984.
9. DA SILVA José Afonso, “Aplicabilidad de las normas constitucionales”, UNAM, México, 2003.
10. DE TOCQUEVILLE Alexis, “La Democracia en América”, Tomo I y II, Edit. SARPE, Madrid, España, 1984.

11. DE AZCÁRATE G. "La República Norte Americana según el profesor Brice", Madrid, 1891.
12. DE VERGOTTINI Giuseppe "Derecho Constitucional Comparado", UNAM, México 2004.
13. DIAZ REVORIO F. JAVIER, "Textos Constitucionales Históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus textos". Palestra Editores, 1ª edición, Lima, febrero de 2004.
14. DIAZ REVORIO, JAVIER; "La interpretación constitucional de la ley"; 1ª edición. Palestra Editores, Lima, febrero 2003.
15. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Oficina del Gobierno, "La Constitución de los Estados Unidos de América", Tomo I y II, Edit, Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, Argentina, 1938.
16. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Estudios Jurídico Constitucionales", UNAM, México, 2003.
17. FISKE John, El Gobierno Civil en los Estados Unidos considerado en relación a sus orígenes", versión al castellano Manuel Cervantes Rendón, México, 1906.
18. GARCIA BELAÚNDE Domingo "La Constitución y su dinámica", UNAM, México, 2004.
19. GARCIA BELAÚNDE Domingo "Doctrina Constitucional peruana en el siglo XX", Revista Historia Constitucional N°11, 2010, págs.507-5011.
20. GUASTINI Riccardo, "Lecciones de Derecho Constitucional", Ediciones Legales, Lima, Perú, 2016.

21. HAMILTON Alexander, MADISON Santiago y JAY John, "El Federalista, los ochenta y cinco ensayos que escribieron en apoyo de la constitución norteamericana", Fondo de Cultura Económica, 3ª reimpresión, México, 1982.
22. LANDA ARROYO, CESAR, "Tribunal Constitucional y Estado democrático", Palestra Editores, 2ª edición. Lima, noviembre de 2003.
23. LINARES Sebastián, "La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes", Marcial Pons, Madrid, España, 2008.
24. LOEWENSTEIN, Karl; "Teoría de la Constitución"; editorial Ariel Demos, Barcelona, España, 1982, segunda edición, reimpresión.
25. LÓPEZ GUERRA Luis "El Poder Judicial en el Estado Constitucional", Palestra, Lima, Perú, 2001.
26. MAGALONI Ana Laura "El Juez Norteamericano ante la ley" en Revista Isonomía N°6, abril 1997, págs.131-148.
27. MARQUEZ PIÑERO Rafael "El Sistema Jurídico de los Estados Unidos de América", UNAM, México, 1994.
28. MONTERO AROCA Juan "Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano", Enmarce, Lima, Perú, 1999.
29. MORA-DONATTO Cecilia, "El Valor de la Constitución Normativa", UNAM, México, 2002.
30. MORINEAU Marta, "Una introducción al common law", UNAM, México 2004.

31. PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ F.; Interpretación Constitucional”, materiales de enseñanza de la Academia de la Magistratura de Perú, Lima, 2000.
32. PEGORARO LUCIO y RINELLA ANGELO, “Las Fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)”, Edit.Grijley; 1ª edición en castellano, Lima, julio de 2003.
33. PEREZ LLEDÓ Juan Antonio, “El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos”, Palestra Temis, Lima-Bogotá, 2008.
34. PEREZ LLEDÓ Juan Antonio, “La enseñanza del Derecho Dos modelos y una propuesta”, Palestra Temis, Lima-Bogotá, 2006.
35. PIZZORUSSO, ALESSANDRO, “Justicia, Constitución y Pluralismo”; Palestra, 1ª edición, noviembre 2005, Lima.
36. ROLLA Giancarlo, “Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional”, UNAM, México, 2002.
37. RUBIO CORREA Marcial “Estudio de la Constitución Política de 1993”, Tomo III, PUCP Fondo Editorial, Lima, febrero de 1999
38. SÁCHICA Luis Carlos, “El control de constitucionalidad y sus mecanismos”, Temis, 3ª edición. Colombia, 1988.
39. SCALIA Antonin, “Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho”. Palestra, 1ª edición, Lima, julio de 2015.
40. SMITH James Frank (Coordinador), “Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos”, UNAM, 1ª edición, México, 1990.

41. SUTHERLAND, Arthur “De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Ideas Fundamentales sobre Constitucionalismo”. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1972.
42. TARAZONA NAVAS, Julio Alberto, “El Imperio de la Constitución y el Precedente Constitucional”; Ediciones Doctrina y la Ley Ltda., Colombia, 2007.
43. TRIBE Laurence y DORF Michael, “Interpretando la Constitución”, Palestra, Lima, 2010.
44. TUNC André y TUNC Suzanne, “El Derecho de los Estados Unidos de América”, México 1957.
45. TUSHNET Mark, “Constitucionalismo y *Judicial Review*”, Palestra, 1ª Edición, Lima, mayo, 2013
46. VALADÉS Diego, “Problemas Constitucionales del Estado de Derecho”, UNAM, México 2002.